

**„Junges Publizieren“**

Seminararbeit von

*Felix Roll*

**Das Gesetz zur effektiveren Bekämpfung von  
Nachstellungen und besseren Erfassung des Cyberstalkings  
Bewertung der Neufassung des § 238 StGB**

Universität zu Köln

Institut für Straf- und Strafprozessrecht

Prof. Dr. Anja Schiemann

Abgabedatum: 15.11.2022

**Inhaltsverzeichnis**

<b>I. Einleitung</b> .....	<b>24</b>
<b>II. Änderung der Tatbestandsmerkmale</b> .....	<b>25</b>
1. Tathandlungsseite: Wiederholtes Nachstellen .....	25
a) Anzahl der Wiederholungen.....	25
b) Weite des Tatbestandes .....	26
aa) Hinreichende Restriktion des Tatbestandes im Rahmen der anderen Merkmale? .....	27
bb) Tatbestandskonturen .....	27
c) Verlagerung des Strafvorwurfs .....	28
d) Beweisbarkeit .....	28
2. Taterfolgsseite: Eignung zur nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Lebensgestaltung .....	29
a) Bloßer Symbolakt? .....	29
b) Auslegung des Merkmals „nicht unerheblich“ .....	30
c) Die Herabsetzung der Taterfolgsschwelle im Lichte der Gesetzeshistorie.....	31
3. Gesamtwürdigung der Ersetzung der Tatbestandsmerkmale.....	33
<b>III. Ergänzung cyberspezifischer Nachstellungshandlungen</b> .....	<b>33</b>
1. Begehung einer Tat nach §§ 202a bis 202c StGB.....	33
a) Die Aufnahme von §§ 202b und 202c StGB.....	34
b) Allgemeines Regelungsbedürfnis des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB .....	34
2. Verbreitung von Abbildungen .....	35
3. Verbreitung herabwürdigender Inhalte.....	36
4. Die Erfassung vergleichbarer Handlungen – § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB.....	36
a) Legitimation der Generalklausel .....	37
b) Die Beibehaltung unter Bestimmtheitserwägungen.....	37
5. Gesamtwürdigung des neuen Handlungskatalogs .....	38
<b>IV. Umwandlung der Qualifikation in Regelbeispiele</b> .....	<b>38</b>
1. Regelbeispielstechnik und Bestimmtheitsbedenken.....	38
2. Die Regelbeispiele im Einzelnen .....	39
a) Gesundheitsschädigungen und Tod in Nr. 1 und Nr. 2.....	39
b) Intensive Belastung über einen langen Zeitraum in Nr. 3 .....	40
c) Cyberspezifische Strafschärfungen in Nr. 4, 5 und 6.....	40
<b>V. Schlussbetrachtung: Wie hat der Gesetzgeber den Spagat zwischen Bestimmtheit und Flexibilität gemeistert?</b> .....	<b>41</b>

## I. Einleitung

„So berechtigt das ‚Schielen‘ des Gesetzgebers nach Verhinderung zukünftiger Straftaten auch ist, es darf nicht dazu führen, die Anforderungen an strafwürdiges Unrecht herabzusetzen. Erst eine als gerecht empfundene Strafnorm wird wirklich dauerhafte präventive Wirkung haben.“<sup>1</sup>

Mit diesen Worten nahm *Kühl* 2006 vor dem Rechtsausschuss des Bundestages zur Einführung eines eigenen Stalking-Straftatbestandes Stellung. Zuvor bewegten sich schwere Fälle von Stalking in ihrer strafrechtlichen Würdigung noch etwa zwischen Nötigung, Bedrohung, Hausfriedensbruch, Beleidigung und Körperverletzung.<sup>2</sup> Doch auch außerhalb dieser Delikte führen Nachstellungen zu schweren Folgen: Die Opfer, in der Regel Frauen, nehmen Telefonanrufe nicht mehr entgegen, meiden bestimmte Orte und leiden unter Angststörungen oder gar suizidalen Zuständen.<sup>3</sup>

Da die Opferzahlen stiegen und Stalking gar zum „sozialen Problem“<sup>4</sup> avancierte, reagierte der Gesetzgeber 2007 mit dem 40. Strafänderungsgesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen, um die entsprechenden Schutzlücken mit einem eigenen Stalking-Straftatbestand zu schließen.

Dessen zentrale Tathandlung ist das unbefugte Nachstellen, wobei im Handlungskatalog des Abs. 1 enumerativ konkretisiert wird, was unter Nachstellen zu verstehen ist. Der Taterfolg liegt in der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers.

Ca. 15 Jahre später steht § 238 StGB mit der vorliegenden Neufassung nun in seiner bereits dritten Generation da. Nachdem der einst als Erfolgsdelikt ausgestaltete Tatbestand im Jahre 2017 bereits zu einem Eignungsdelikt reformiert wurde, soll mit der Gesetzesänderung von 2021 nun unter anderem abermals die Strafbarkeitsschwelle gesenkt werden, um eine „effektivere Bekämpfung von Nachstellungen“ zu erzielen.

Hintergrund der Gesetzesreform ist der „Evaluierungsbericht des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz zur Neufassung des § 238 StGB“, der auf der Grundlage einer Befragung von Landesjustizverwaltungen und Opferschutzverbänden erhebliche praktische Probleme bei der strafrechtlichen Verfolgung, hohe Einstellungsquoten sowie Defizite im Hinblick auf das Problem des Cyberstalkings aufdeckte.<sup>5</sup>

Gegenstand dieser Arbeit ist es, die Neufassung des Tatbestandes vor diesem Hintergrund einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Zu diesem Zwecke lassen sich die Änderungen im Kern in drei Kategorien einteilen: das Ersetzen zweier Tatbestandsmerkmale des Grundtatbestandes (B), die Modifikation des Handlungskatalogs entsprechend der titelgebenden „besseren Erfassung von Cyberstalking“ (C), die Umwandlung der Qualifikation des § 238 Abs. 2 StGB in Regelbeispiele für einen besonders schweren Fall (D). Zudem wird § 238 Abs. 1 StGB durch die Streichung des vierten Absatzes vom relativen Antrags- zum Officialdelikt, worauf in dieser Arbeit jedoch nur am Rande eingegangen werden kann.

Dieser Gliederung folgend, sollen die Änderungen systematisch jeweils im Einzelnen beleuchtet, sowie anhand zentraler Leitfragen untersucht und bewertet werden. Die Problemstellungen reichen dabei von praktischen Beweisbarkeitserwägungen und Auslegungsfragen bis hin zu substantziellen Fragen nach dem Regelungsbedürfnis oder der Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Bestimmtheitsgebot. Auf diese Weise wird der Gesetzesänderung

<sup>1</sup> *Kühl*, Stellungnahme vor dem BT-Rechtsausschuss, 13.10.2006, S. 3, abrufbar unter: [http://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0427/bundestag/ausschuesse/a06/anhoeerungen/Archiv/06\\_Stalking/04\\_StN/Prof\\_Kuehl.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0427/bundestag/ausschuesse/a06/anhoeerungen/Archiv/06_Stalking/04_StN/Prof_Kuehl.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

<sup>2</sup> Im Einzelnen vgl. *Aul*, Stalking – Phänomenologie und strafrechtliche Relevanz, 2009, S. 143 ff., sowie *Gerhold*, Das System des Opferschutzes im Bereich des Cyber- und Internetstalking, Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten der Betroffenen, 2010, S. 110 ff.

<sup>3</sup> *Kubicel/Borutta*, KriPoZ 2016, 194 (194); eingehend zur Viktimologie vgl. *Hoffmann/Wondrak*, FoK 2005, 6 (6 ff.).

<sup>4</sup> *Albrecht*, FPR 2006, 204 (204).

<sup>5</sup> Vgl. BT-Drs. 19/26515.

auf unterschiedlichen Abstraktionsebenen begegnet, um herauszuarbeiten, wie das moderne Strafrecht mit gesellschaftlichen Entwicklungen bzw. Missständen umgeht.

Bereits die zweimalige Reform des Gesetzes innerhalb weniger Jahre zeigt, dass das Kriminalphänomen Stalking strafrechtlich nur schwierig fassbar ist und den Gesetzgeber vor große Probleme stellt. In logischer Konsequenz stieß der Tatbestand im Schrifttum stets auf massive Kritik. Gerade die im eingangs zitierten Appell anklingende Weite und Unbestimmtheit des Tatbestandes bildete seit jeher das Zentrum dieser. Die Neufassung des Gesetzes soll diesbezüglich nun auf der einen Seite eine rechtssicherere Erfassung<sup>6</sup>, auf der anderen Seite aber auch eine flexiblere Anwendung der Norm<sup>7</sup> sicherstellen. Die resümierende Bewertung dieses Spagats bildet den Abschluss der Arbeit (E).

## II. Änderung der Tatbestandsmerkmale

Auf Tathandlungsseite ist der Begriff der Beharrlichkeit durch den der Wiederholung ersetzt worden, wohingegen auf Taterfolgsseite die Eignung zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung durch die bloße Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung der Lebensgestaltung geändert wurde. Ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs werde mit beiden Änderungen eine Herabsenkung der Strafbarkeitsschwelle zwecks verbesserten Opferschutzes erzielt.<sup>8</sup>

### 1. Tathandlungsseite: Wiederholtes Nachstellen

Nach § 238 StGB a.F. musste der Täter zumindest eine der in Abs.1 aufgeführten Tathandlungen „beharrlich“ ausüben. Der Zweck des Tatbestandsmerkmals „beharrlich“ bestand in einer Beschränkung auf solche Verhaltensweisen, denen erst durch ihre wiederholte, hartnäckige Begehung ihre Strafwürdigkeit zukommt.<sup>9</sup>

Dabei genügte die bloße Wiederholung der Tathandlung jedoch nicht, es bedurfte vielmehr zusätzlich einer überschießenden Innentendenz des Täters dergestalt, dass „aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit der Absicht gehandelt wird, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten.“<sup>10</sup>

In der Neufassung des § 238 StGB hat der Gesetzgeber das Merkmal „beharrlich“ nun durch „wiederholt“ ersetzt und somit den subjektiven Einschlag des Tatbestandsmerkmals aufgegeben: Fortan erfüllt den Tatbestand des § 238 StGB daher bereits, wer die in Abs. 1 Nr. 1 bis 8 benannten Verhaltensweisen mehrfach begeht.

#### a) Anzahl der Wiederholungen

Wie viele Handlungen für die Feststellung mehrfacher Begehung genau erforderlich sind, war bereits im Rahmen der beharrlichen Begehungsweise umstritten.<sup>11</sup> Im damaligen Gesetzesentwurf nannte der Gesetzgeber fünf Handlungen als regelmäßig erforderliche Anzahl für das zu dieser Zeit noch vorgesehene Merkmal „fortgesetzt“, überließ die Konkretisierung im Einzelnen aber der Rechtsprechung.<sup>12</sup> Diese ließ derweil bereits zwei Handlungen genügen.<sup>13</sup> Insofern lehnte man eine absolute Mindestanzahl an Handlungen ab und sprach sich vielmehr für eine Würdigung der jeweiligen Umstände im Einzelfall aus, bei der die Intensität einzelner Nachstellungshandlungen

<sup>6</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 1.

<sup>7</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 13.

<sup>8</sup> Vgl. BT-Drs. 19/28679, S. 2, 12.

<sup>9</sup> BT-Drs. 16/575, S. 10; *Gazeas*, KJ 2006, S. 247 (254).

<sup>10</sup> BGHSt 54, 189 (195); a.A. hingegen *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1032), die ein Gesinnungserfordernis ablehnen.

<sup>11</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 238 Rn. 25.

<sup>12</sup> BT-Drs. 15/5410 S. 7.

<sup>13</sup> *LG Lübeck*, Urt. v. 14.2.2008 – 2b Qs 18/08; so auch *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 28a.

ausschlaggebendes Kriterium sein sollte.<sup>14</sup> Dieser Auffassung schloss sich die herrschende Lehre überzeugenderweise an.<sup>15</sup>

Beim Stalking handelt es sich um ein vielgestaltiges Kriminalphänomen, das sich durch seine enorme Bandbreite unterschiedlicher Erscheinungsformen auszeichnet.<sup>16</sup> Dieser Heterogenität kann nur mit einer einzelfallbezogenen Betrachtung angemessen strafrechtlich begegnet werden.<sup>17</sup> Auch für die „wiederholte“ Begehungsweise kann daher keine feste Anzahl der Handlungen bestimmt werden, es bedarf vielmehr einer Würdigung des Einzelfalls.<sup>18</sup> Zu berücksichtigen ist jedoch, dass für diese Gesamtwürdigung gerade die Formulierung des Tatbestandsmerkmals als „beharrlich“ zu großen Teilen die Grundlage bot.<sup>19</sup> Denn die Beharrlichkeit zeichnete sich durch ihre Mischung aus objektiven, normativen und subjektiven Elementen, die wechselseitige Rückschlüsse aufeinander zuließen, aus.<sup>20</sup> Der BGH trug vor: „So hängt etwa die erforderliche Anzahl der notwendigen Angriffe u.a. von dem konkreten Gewicht der sonstigen Elemente ab.“<sup>21</sup> Genau diese wechselseitig wirkenden Kriterien lässt die Neufassung nun weg.

Insofern ist zweifelhaft, ob die für die Beharrlichkeit entwickelten Grundsätze zur Einzelfallbeurteilung schematisch übernommen werden können, wie *Eisele*<sup>22</sup> vorschlägt. Denn hinzutritt, dass mit der Einführung von § 238 Abs. 2 Nr. 3 StGB bereits bei einer verhältnismäßig geringen Steigerung auf eine „niedrige zweistellige Zahl“<sup>23</sup> an Einzelhandlungen ein deutlich erhöhter Strafrahmen eintreten kann.<sup>24</sup>

Aufgrund des Zusammenspiels aus der Ersetzung des Merkmals mit dieser Einführung eines ebenfalls quantitativen Regelbeispiels hat sich der Tatbestand in seiner Gesamtheit derart verändert, dass es für das Merkmal der Wiederholung vielmehr neuer Wertungen und Paradigmen seitens der Judikatur bedarf.<sup>25</sup>

#### b) Weite des Tatbestandes

In den Augen des Gesetzgebers war die mit der Beharrlichkeit verbundene überschießende Innentendenz des Tatbestandes ursprünglich gerade Ausdruck des spezifischen Unrechtsgehalt des Stalkings.<sup>26</sup> Der subjektive Einschlag diente als Korrektiv, um die dem Stalking wesenseigenen penetranten Verhaltensweisen von sozialadäquaten Handlungen abzugrenzen.<sup>27</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob mit dem Merkmal der Wiederholung ein zu weiter Tatbestand formuliert worden ist, der nicht mehr die nötigen Konturen aufweist, um das spezifische Unrecht des Stalkings zu erfassen.<sup>28</sup>

<sup>14</sup> BGHSt 54, 189 (198).

<sup>15</sup> *Gazeas*, JR 2007, S. 497 (502); *Mitsch*, NStZ 2010, 513 (514); *Buß*, JR 2011, 80 (85); *Gericke*, in: MüKo-StGB, Band 4, 4. Aufl. (2021), § 238 Rn. 44; a.A. *Valerius*, JuS 2007, 319 (322), der die im Entwurf vorgeschlagene Anzahl von fünf Handlungen zumindest als Indiz anwenden möchte.

<sup>16</sup> *Aul*, S. 66 f.

<sup>17</sup> So auch *Gazeas*, KJ 2006, 247 (255).

<sup>18</sup> Im Rahmen dieser soll ebenfalls eine „niedrige einstellige Zahl“ an Handlungen ausreichend sein; BT-Drs. 19/28679, S. 12.

<sup>19</sup> So *Stadtler*, Stalking – Nachstellung, Entwicklung, Hintergründe und rechtliche Handlungsmöglichkeiten, 2009, S. 297, die gerade daraus die Entbehrlichkeit einer starren Mindestzahl von Nachstellungshandlungen ableitet.

<sup>20</sup> *Buß*, JR 2011, S. 80 (85); *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 20.

<sup>21</sup> BGHSt 54, 189 (198).

<sup>22</sup> *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148).

<sup>23</sup> BT-Drs. 19/28679, S.13.

<sup>24</sup> *Cirullies/Cirullies*, FamRZ 2021, 1785 (1787); näher unter Kap. D. II. 2.

<sup>25</sup> In diesem Zuge ein Gesinnungselement in den Begriff des Nachstellens hineinzulesen, wie *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (120) vorschlägt, ist derweil nicht überzeugend, da es dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers der „Weglassung subjektiver Anforderungen“ (BT-Drs. 19/28679, S. 12) widerspricht.

<sup>26</sup> BT-Drs. 16/575, S. 6 f.

<sup>27</sup> So *Nowicki*, Problemfelder des § 238 StGB (Stalking), Kritische Betrachtung der Implementierung der Norm in das Strafgesetzbuch, 2011, S. 99; *Gazeas*, KJ 2006, S. 247 (254 f.); *Stadtler*, S. 293 f.

<sup>28</sup> Dieser Ansicht etwa *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 29.; ebenfalls krit. Deutscher Anwaltsverein (DAV), Stellungnahme Nr. 22/2021 vom 21.3.2021, S. 5 f., abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/resource/blob/841918/6373432892c4e6e5c8b7ddc26a44b6da/stellungnahme-spatscheck\\_dav-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/841918/6373432892c4e6e5c8b7ddc26a44b6da/stellungnahme-spatscheck_dav-data.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

*aa) Hinreichende Restriktion des Tatbestandes im Rahmen der anderen Merkmale?*

Indem die Gesinnungskomponente des Tatbestandsmerkmals wegfällt, richtet sich das Hauptaugenmerk der Verwerflichkeit vermehrt auf den Erfolg der Tathandlungen, respektive auf deren Eignung zur Beeinträchtigung der Lebensgestaltung. *Eisele*<sup>29</sup> führt dahingehend aus, dass der Täter hinsichtlich dieser Eignung noch immer Vorsatz bei der wiederholten Tatbegehung haben muss, weshalb der Wegfall der subjektiven Komponente den Tatbestand nicht zu weit ausdehne.

Doch greift dieses Argument zu kurz, da das unbefugte Nachstellen fortan nur noch zu einer „nicht unerheblichen“ Beeinträchtigung der Lebensgestaltung geeignet sein muss.<sup>30</sup> Insofern vermag es nicht zu überzeugen, der Kritik einer ausufernden Ausdehnung der Strafbarkeit mit einem Verweis auf ein ebenfalls herabgesenktes Tatbestandsmerkmal begegnen.

Ein besseres Gegenargument stellt hingegen die bereits aufgezeigte Möglichkeit dar, Wertungen im Rahmen der vorzunehmenden Einzelfallbetrachtung einfließen zu lassen. So verbleibt der Rechtspraxis der benötigte Spielraum, um nicht etwa schon das zweimalige Anrufen auf dem Mobiltelefon unter § 238 StGB subsumieren zu müssen.<sup>31</sup> Darüber hinaus bietet das Merkmal „unbefugt“ weitere Gelegenheit, sozialadäquate Verhaltensweisen vom Anwendungsbereich auszuschließen.

Die erforderlichen Wertungen hinsichtlich der Strafwürdigkeit können in der Neufassung des Gesetzes mithin schlicht im Rahmen besser greifbarer Tatbestandsmerkmale vorgenommen werden.<sup>32</sup>

*bb) Tatbestandskonturen*

Denn ohnehin ist zweifelhaft, inwiefern der subjektive Einschlag der Beharrlichkeit dem Tatbestand Konturen zu verleihen vermochte. So erweisen sich die beiden Voraussetzungen, die die Beharrlichkeit von der Wiederholung unterscheiden, im Kern als entbehrlich.

So kommt das „Handeln gegen den Willen des Opfers aus Missachtung oder Gleichgültigkeit“ bereits mit dem Merkmal „unbefugt“ zum Ausdruck, bezüglich dessen der Täter per se vorsätzlich zu handeln hat.<sup>33</sup>

Die erforderliche Absicht, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten, entpuppt sich dagegen bei genauerer Betrachtung als der bloße Vorsatz, der die einzelnen Nachstellungshandlungen verbindet und mithin von der subjektiven Tatseite des Merkmals „wiederholt“ ebenfalls dogmatisch bereits abgedeckt ist.<sup>34</sup>

Vor diesem Hintergrund ist unklar, um welche wichtigen Unrechtseckpunkte der Tatbestand durch eine Subjektivierung der Beharrlichkeit bereichert werden soll. Das Merkmal erscheint vielmehr als diffuser und unscharfer Rechtsbegriff, mit dem gerade keine präzisere Abbildung des Stalking-spezifischen Unrechts erzielt werden kann. Freilich handelt es sich auch nach der Reduzierung des Merkmals um seine Unschärfen bei „wiederholt“ aufgrund der einzelfallabhängigen Anforderungen noch immer um einen unbestimmten Rechtsbegriff.<sup>35</sup> Lassen sich unbestimmte Rechtsbegriffe im Lichte des Normzwecks jedoch konkretisieren, sind diese im Strafrecht grundsätzlich zulässig.<sup>36</sup> Zu diesem Zwecke bietet die Intensität der Einzelhandlungen eine taugliche und präzise Orientierungslinie, anhand der sich das Unrecht des Einzelfalls bemessen lässt.

Durch die Entfernung der subjektiven Elemente verbleibt demzufolge ein hinreichend konkretisierbares Tatbestandsmerkmal. Die Anforderungen an die Strafbarkeit werden im Ergebnis klarer, ohne dabei die vielgestaltige

<sup>29</sup> *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148).

<sup>30</sup> Näher unter Kap. B. II.

<sup>31</sup> Wie *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (120) befürchtet.

<sup>32</sup> *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 29, der genau diese Verlagerung kritisiert.

<sup>33</sup> *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1031 f.).

<sup>34</sup> *Hochmayr*, ZStW 2010, 757 (764).

<sup>35</sup> Das kritisiert *Kretschmer*, JA 2022, S. 41 (42).

<sup>36</sup> *Vander*, KritV 2006, 81 (89).

Typik des Stalkings zu vernachlässigen. Die Ersetzung des Merkmals sorgt demnach nicht für eine Konturlosigkeit des Tatbestands, sondern verleiht diesem vielmehr Schärfe und Klarheit.<sup>37</sup>

### c) Verlagerung des Strafvorwurfs

Wie aufgezeigt, wird mit dem Verzicht auf die Gesinnungskomponente der Unrechtsschwerpunkt vermehrt auf die Tathandlung und deren Eignung zur Lebensbeeinträchtigung gerichtet, was gleich in zweierlei Hinsicht überzeugend ist:

Zum einen ist die deutsche Strafrechtsordnung ihrem Grundcharakter nach Tatstrafrecht, das an die Handlungen des Täters und nicht an seine Person anknüpft.<sup>38</sup> Persönlichkeitsmerkmale oder innere Einstellungen haben demgegenüber grundsätzlich keine freiheitsverletzende Wirkung und dürfen die Strafbarkeit somit nicht (mit-)begründen.<sup>39</sup> Genau das war jedoch letztlich der Fall: Da nach der Vorstellung des Gesetzgebers über das Merkmal der Beharrlichkeit sozialadäquate Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich herausgenommen werden sollten, entschied im Ergebnis eine bestimmte Haltung des Täters über die Einordnung als strafloses oder strafbares Verhalten.<sup>40</sup>

Dies wird mit der Änderung des Merkmals aufgegeben, die stärkere Fokussierung auf Tathandlung und -erfolg als solche steht somit im Einklang mit dem Wesen unserer Strafrechtsordnung.

Zum anderen wird so dem Sinn und Zweck des § 238 StGB Rechnung getragen. Die Frage nach dem Schutzgut des Nachstellungstatbestandes wird in der Literatur nicht einheitlich beantwortet.<sup>41</sup> Neben der herrschenden Auffassung, die die Freiheit der persönlichen Lebensgestaltung geschützt wissen will,<sup>42</sup> werden in der Literatur auch Rechtsgüter wie der „individuelle Rechtsfrieden“<sup>43</sup>, das „Freisein vor Furcht“<sup>44</sup> oder die psychische Integrität<sup>45</sup> bemüht.

Unabhängig davon, welcher Auffassung man folgt, lässt sich eine gemeinsame Schutzrichtung dieser Rechtsgüter feststellen. Sie nehmen allesamt Einwirkungen auf das Opfer in den Blick, welche sich aus den Stalkinghandlungen selbst und nicht durch eine bestimmte Motivation des Täters ergeben.<sup>46</sup> Dass sich ein Stalker regelmäßig über den Willen des Opfers hinwegsetzt, ist unterdessen nicht von der Hand zu weisen. Doch tatprägend ist nicht die innere Einstellung des Täters, sondern die das Stalking qualifizierende anhaltende Einwirkung auf das Opfer.<sup>47</sup> Eine stärkere Fokussierung auf die Tathandlung, auf deren Eignung zur Lebensbeeinträchtigung und damit auf die Opferperspektive entspricht somit auch dem Normzweck.

### d) Beweisbarkeit

Eines der mit der Ersetzung des Tatbestandsmerkmals verfolgten Kernanliegen besteht den Gesetzesmaterialien zufolge in der erleichterten Anwendung der Norm in der Praxis, da sich der Nachweis der inneren Einstellung des

<sup>37</sup> Im Ergebnis so auch *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148); a.A. *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (119 ff.); *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 29.

<sup>38</sup> *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 190.

<sup>39</sup> *Schlachter*, Eine kritische Analyse des deutschen Stalkingtatbestandes, 2012, S. 54; s. auch *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2007, S. 481 ff.

<sup>40</sup> So auch *Müller*, zum tatbestandlichen Anwendungsbereich des § 238 Abs. 1 StGB, 2013, S. 192.

<sup>41</sup> Vgl. zur Diskussion etwa *Nowicki*, S. 49 ff.; *Spohn*, Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz, 2017, S. 74; ausführlich *Müller*, S. 136 ff.

<sup>42</sup> *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 238 Rn. 1; *Wolter*, in: SK-StGB, Band IV, 9. Aufl. (2017), § 238 Rn. 2; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 4; *Müller*, S. 164; *Mosbacher*, NSTZ 2007, 665 (666); vgl. auch BGHSt 54, 189 (193) „Schutz der eigenen Lebensführung vor Belästigungen der Lebensgestaltung“.

<sup>43</sup> *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1238); *Gazeas*, JR 2007, 497 (498).

<sup>44</sup> *Kinzig*, ZRP 2006, 255 (257 f.).

<sup>45</sup> *Krüger*, in: Krüger, Stalking als Straftatbestand, 2. Aufl. (2013), S. 87 ff.

<sup>46</sup> *Buß*, Der Weg zu einem deutschen Stalkingstraftatbestand, 2008, S. 215, m.w.N.

<sup>47</sup> *Schlachter*, S.55.

Täters laut Evaluierungsbericht häufig als schwierig herausgestellt habe.<sup>48</sup>

Während die Beweisproblematik von Richtern bei der Einführung des Stalkingtatbestandes noch als bewältigbar erachtet wurde,<sup>49</sup> merkt der Deutsche Richterbund<sup>50</sup> in seiner Stellungnahme zur Neufassung an, dass das Vorliegen der Beharrlichkeit in vielen Fällen tatsächlich nicht belastbar untermauert werden konnte. Insoweit bewahrheiteten sich die kritischen Prognosen in der Literatur, die etwaige Feststellungsschwierigkeiten bereits bei der Einführung des § 238 StGB vorhersagten.<sup>51</sup>

Es sei darauf hingewiesen, dass sich die Legitimation einer legislativen Änderung nicht allein in der Überwindung von Nachweisschwierigkeiten erschöpfen kann, da in einem solchen Fall eine unzulässige Umgehung von Verfahrensgarantien vorläge.<sup>52</sup> Da mit der Objektivierung des Begriffs jedoch das Unrecht der Tat selbst modifiziert wird, steht es dem Gesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative frei, in diesem Zuge auch den Gegenstand der Beweiserhebung festzulegen und eine Beweiserleichterung herbeizuführen.<sup>53</sup>

Der Einwand der Strafverteidigung,<sup>54</sup> dass die erschwerte Beweisbarkeit demgegenüber gerade als Korrektiv für etwaige Falschanschuldigungen notwendig gewesen sei, vermag indes nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine faktische bzw. prozessuale Hürde speziell die Fälle herausfiltern soll, in denen ein vermeintlicher Täter mit Falschbehauptungen belastet wird.

## 2. Taterfolgsseite: Eignung zur nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Lebensgestaltung

Auch auf der Seite des Taterfolgs, der in der Eignung zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung bestand, wird die Strafbarkeitsschwelle herabgesetzt.

Für das Vorliegen einer schwerwiegenden Beeinträchtigung bedurfte es „gravierende[r] und ernst zu nehmende[r] Beeinträchtigungen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung [...] hinausgehen.“<sup>55</sup>

In Schrifttum und Rechtsprechung war diese Schwelle bislang erst etwa bei einem Wechsel des Arbeitsplatzes,<sup>56</sup> der Änderung des Namens<sup>57</sup> oder bei notwendiger therapeutischer Behandlung,<sup>58</sup> nicht jedoch bei einem zeitweiligen Umzug in eine Ferienwohnung<sup>59</sup> als überschritten angesehen worden.

Nach der Neufassung des § 238 StGB genügt statt einer „schwerwiegenden“, nunmehr eine „nicht unerhebliche“ Beeinträchtigung, zu der die Handlungen des Täters geeignet sein müssen.

### a) Bloßer Symbolakt?

Auch bei „nicht unerheblich“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, für dessen Auslegung es

<sup>48</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 12; Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 27.

<sup>49</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 3.

<sup>50</sup> Deutscher Richterbund (DRB), Stellungnahme Nr. 7/21 im März 2021, S. 2, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2021/Downloads/0301\\_Stellungnahme\\_DRB\\_Cyberstalking.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2021/Downloads/0301_Stellungnahme_DRB_Cyberstalking.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 14.11.2022)

<sup>51</sup> So etwa Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (484); Steinberg, JZ 2006, 30 (31).

<sup>52</sup> Vgl. dazu etwa Lüderssen, ZStW 1973, 288 (301 f.).

<sup>53</sup> Bülte, JZ 2014, 603 (612).

<sup>54</sup> DAV, Stellungnahme Nr. 22/2021 vom 21.3.2021, S. 6.

<sup>55</sup> BT-Drs. 16/3641, S. 14.

<sup>56</sup> BT-Drs. 16/575 S. 8. Weiterhin werden in der Gesetzesbegründung etwa das Verlassen der Wohnung nur noch in Begleitung Dritter oder der Umzug aus der Wohnung als Beispiele genannt.

<sup>57</sup> Krüger, S. 183

<sup>58</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 32.

<sup>59</sup> AG Löbau, Urt. v. 17.4.2008 – StV 08, 646.



normativer Wertungen bedarf. *Fischer*<sup>60</sup> gesteht der Ersetzung des Merkmals daher lediglich Symbolwirkung zu. In die gleiche Kerbe schlagend, möchte *Gerhold*<sup>61</sup> „nicht unerheblich“ derart restriktiv auslegen, dass die Änderung der Eignungsanforderungen im Ergebnis ohne Bedeutung wäre.

Beide Ansichten verkennen jedoch, dass in der Änderung von einer „schwerwiegenden“ zu einer „nicht unerheblichen“ Beeinträchtigung der eindeutige gesetzgeberische Wille nach außen tritt, die Strafbarkeitsschwelle herabzusetzen. Dieser wird zudem in den Gesetzesmaterialien durch Konkretisierungen der nicht unerheblichen Beeinträchtigung untermauert.<sup>62</sup>

„Nicht unerheblich“ definiere eine Bagatellgrenze, die lediglich solche Verhaltensänderungen aus dem Anwendungsbereich herausnimmt, die „das Opfer noch unter besonnener Selbstbehauptung hinzunehmen hat“<sup>63</sup>. Im Vergleich zu den ernst zu nehmenden, gravierenden Beeinträchtigungen stellt dies ein offenkundiges Weniger dar.

Richtig ist zwar, dass die Aufgabe der Abgrenzung sozialadäquater Verhaltensweisen durch den nach wie vor wertungsoffenen Begriff in Form einer Gesamtwürdigung bei den Gerichten verbleibt.<sup>64</sup> Doch bei dieser ist der manifestierte Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen, sodass konkret auch bis dato nicht erfasste Fälle in den Anwendungsbereich der Norm fallen. Dies soll im Folgenden anhand einer systematischen Auslegung des Tatbestandsmerkmals genauer aufgezeigt werden.

#### b) Auslegung des Merkmals „nicht unerheblich“

Gemäß den Gesetzesmaterialien zur Neufassung des § 238 StGB könne zur Auslegung der Nicht-Unerheblichkeitsschwelle unter anderem an jene des § 223 StGB angeknüpft werden.<sup>65</sup>

Die Bagatellgrenzen der Körperverletzung<sup>66</sup> und Sachbeschädigung<sup>67</sup> weisen jeweils über 150 Jahre Rechtssprechungshistorie auf, die eine hilfreiche Orientierung bei der Auslegung bieten und so zur Rechtssicherheit des Tatbestandes beitragen könnten.

Einer entsprechenden Übertragung der Grundsätze steht jedoch entgegen, dass § 223 StGB wie auch § 303 StGB vor Substanzverletzungen schützt, welche naturgemäß der eindeutigen Feststellung zugänglich sind, wohingegen sich die stalkingtypischen Beeinträchtigungen des seelischen Wohlbefindens und der allgemeinen Lebensqualität regelmäßig als schwieriger greifbar erweisen.<sup>68</sup>

Allerdings könnte auf die für Sachbeschädigungen unterhalb der Substanzverletzungsgrenze entwickelte und analog auf die Körperverletzung übertragene<sup>69</sup> Formel zurückgegriffen werden, nach der eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung in der Regel anzunehmen ist, wenn ihre „Beseitigung überhaupt nicht mehr möglich ist oder einen nicht geringfügigen Aufwand an Zeit, Mühe oder Kosten verlangt“<sup>70</sup>.

Bei äquivalenter Übertragung auf den Stalking-Tatbestand erweist sich dieser Grundsatz als hilfreiche Konkretisierung der „unter besonnener Selbstbehauptung hinnehmbaren“ Beeinträchtigungen. So entspricht das oben beispielhaft genannte zweiwöchige Beziehen einer Ferienwohnung einem ebensolchen nicht geringfügigen Aufwand

<sup>60</sup> *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 30.

<sup>61</sup> *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (120).

<sup>62</sup> Vgl. BT-Drs. 19/31111, S. 6; im Übrigen wesentlich ausführlicher als noch der Gesetzentwurf von 2017 (BT-Drs. 18/9946), mit dem bekanntlich ebenfalls eine Änderung auf Taterfolgsseite vorgenommen wurde.

<sup>63</sup> BT-Drs. 19/31111, S. 5.

<sup>64</sup> Insofern zustimmungswürdig *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (147).

<sup>65</sup> BT-Drs. 19/31111, S. 5.

<sup>66</sup> *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 223 Rn. 34.

<sup>67</sup> *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 303 Rn. 1.

<sup>68</sup> Vgl. dazu *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn. 4 mit Verweis auf *Meyer*, ZStW 2003, 249 (261).

<sup>69</sup> So etwa *Wolter*, in: SK-StGB, § 223 Rn. 7; *Paeffgen/Böse*, in: NK-StGB, Band 2, 5. Aufl. (2017), § 223 Rn. 9.

<sup>70</sup> *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 31.7.1975 – 3 Ss 81/75.

und wäre folglich unter § 238 Abs. 1 StGB n.F. subsumierbar.<sup>71</sup> Auch die in der Gesetzesbegründung genannten Beispiele eines Vereinsaustritts, dem Wechsel der Telefonnummer sowie Reputationsschäden im Arbeitsumfeld<sup>72</sup> lassen sich auf diesem Wege schlüssig in den Anwendungsbereich einordnen.

Demgegenüber dürften das Verschließen von Hoftor und Haustür sowie das Lüften des Hauses nur noch mit gekipptem Fenster nach wie vor keine tatbestandlich erfassen, da wohl noch einem geringfügigen Aufwand entsprechenden, Verhaltensänderungen darstellen.<sup>73</sup>

Der Tatbestand erstreckt sich somit nunmehr auch auf eine Vielzahl sozialadäquater Verhaltensänderungen. Da Opfer mit dem Wegfall des Antragserfordernisses in Abs. 4 nicht einmal mehr selbst entscheiden können, ob ein strafrechtliches Verfahren in Gang gesetzt werden soll, entfällt ein Korrektiv für diese massive Ausweitung nunmehr umfasster Fälle.<sup>74</sup>

### c) Die Herabsetzung der Taterfolgsschwelle im Lichte der Gesetzeshistorie

Die einzig verbleibende Voraussetzung der Lebensbeeinträchtigungen besteht folglich darin, sich jenseits der Bagatellgrenze zu befinden. Bagatellgrenzen im Strafrecht stellen die Verfassungsmäßigkeit von Strafnormen sicher, da ein strafrechtlicher Schuldspruch bei bloßen Bagatellverletzungen von Rechtsgütern nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbaren ist.<sup>75</sup> Die Herausnahme bagatellarischer Verhaltensänderungen stellt somit per se die verfassungsrechtliche Untergrenze strafrechtlich erfassbarer Handlungen dar.<sup>76</sup> Mit Blick auf die Gesetzeshistorie ist diese äußerste Ausreizung des verfassungsrechtlichen Rahmens in zweierlei Hinsicht zu beanstanden:

Erstens kam der Eignung zur schwerwiegenden Beeinträchtigung stets die Funktion zu, strafwürdige von nicht strafwürdigen Fällen abzugrenzen, sodass das Merkmal restriktiv auszulegen war.<sup>77</sup> Eine Ausweitung des tatbestandlichen Anwendungsbereichs läuft dem zuwider. Wie bereits aufgezeigt, bieten die Merkmale „unbefugt“ und insbesondere „wiederholt“ auf Tathandlungsseite hinreichend Gelegenheit, jene Abgrenzung vorzunehmen. Auf Taterfolgsseite fehlt es hingegen an einer solchen Möglichkeit. Dabei verkörpert der Taterfolg des § 238 StGB gerade das spezifische Unrecht des Stalkings in Form der Einwirkung auf das Opfer. Statt der Reduktion auf eine Bagatellgrenze, die lediglich den strafrechtlichen Schuldspruch überhaupt erst verfassungsrechtlich zu legitimieren vermag, bedarf es hier eines trennscharfen Begriffs, der durch eine präzise Abbildung des Unrechts eine angemessene Beurteilung der Strafwürdigkeit ermöglicht.

Zweitens ist der Taterfolg des Stalkingtatbestandes bereits mit der Umwandlung in ein Eignungsdelikt im Jahre 2017 entgrenzt worden. Denn hervorzuheben ist, dass es zu den genannten Beispielen für Verhaltensänderungen nicht tatsächlich kommen muss, sondern Nachstellungshandlungen seit der Gesetzesreform einzig die dahingehende Eignung aufzuweisen haben.<sup>78</sup> Die damit erfolgte tatbestandliche Öffnung für die Erfassung einer Vielzahl von Verhaltensänderungen ging weit über den gebotenen Rahmen hinaus:

<sup>71</sup> Weitere Beispiele neuerdings erfasster Beeinträchtigungen nennt *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148) sowie *Rengier*, Strafrecht BT II, 23. Aufl. (2022), § 26a Rn. 18 ff.

<sup>72</sup> BT-Drs. 19/31111, S. 6, auch mit weiteren Ausführungen zu Beeinträchtigungen in der beruflichen Sphäre.

<sup>73</sup> OLG Rostock, Beschl. v. 27.5.2009 – 1 Ss 96/09 I 40/09; auf dieses Beispiel weist auch *Kretschmer*, JA 2022, 41 (45) hin.

<sup>74</sup> So ermittelt die StA fortan auch bei einer Anzeige durch Dritte, *Cirullies/Cirullies*, FamRZ 2021 1785, 1787 f.; vgl. auch schon die das Antragserfordernis befürwortenden *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1035) sowie *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1241).

<sup>75</sup> *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 223 Rn. 32, 34; s. auch *Meier*, ZStW 2017, 433 (433 ff.).

<sup>76</sup> Vgl. dazu die Ausführungen seitens *Harrendorf*, NK 2018, 250 (254 f.).

<sup>77</sup> *Gericke*, in: MüKo-StGB, § 238 Rn. 50.

<sup>78</sup> Insofern appellierend auch *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (120).

So wollte der Gesetzgeber mit der Umgestaltung des § 238 StGB in ein Eignungsdelikt insbesondere solche Fälle erfasst wissen, die trotz erheblicher körperlicher oder psychischer Auswirkungen der Nachstellung bislang mangels tatsächlicher Verhaltensänderung aus dem tatbestandlichen Anwendungsbereich ausschieden.<sup>79</sup>

Dass diese nicht bestraft wurden, ging jedoch weniger auf die Ausgestaltung des Tatbestandes als vielmehr auf die restriktive Auslegungslinie des *BGH* zurück.<sup>80</sup> So zeigt das *LG Heidelberg* in einer Entscheidung im Jahre 2008,<sup>81</sup> dass auch Fälle, in denen das Opfer schwere psychische Beeinträchtigungen erleidet, von Verhaltensänderungen jedoch absieht, mittels extensiver Auslegung der schwerwiegenden Beeinträchtigung in den Anwendungsbereich mitaufgenommen werden können.<sup>82</sup>

Statt der Rechtsprechung jedoch ein weites bzw. adäquates Verständnis der „Lebensgestaltung“ durch eine dahingehende Anpassung des Begriffs nahezulegen, entschied man sich für die Umwandlung in ein Eignungsdelikt. Die damit einhergehende Pönalisierung von Verhaltensweisen, die weit über den Rahmen des zu erfassen Beabsichtigten hinausgehen, widerspricht dem ultima ratio Grundsatz.<sup>83</sup> Denn die einfache Ergänzung des Tatbestandsmerkmals um die Beeinträchtigung von Psyche oder Gesundheit wäre hier das mildere und damit vorzugswürdige Mittel gewesen.<sup>84</sup>

Auch 2017 lieferten geringe Verurteilungszahlen den ausschlaggebenden Grund für die damalige Reform,<sup>85</sup> während mit der aktuellen Neufassung laut Christine Lambrecht ebenso das Ziel verfolgt werden soll, dass „mehr Stalkingfälle vor Gericht kommen.“<sup>86</sup> Genau wie damals, wird außerdem auf die „traumatischen Folgen“<sup>87</sup> für Opfer verwiesen. Doch beabsichtigt man, ebendiese schweren Fälle von Stalking zu erfassen, bedarf es keiner erneuten Ausweitung des Taterfolges, sondern vielmehr einer präziseren Formulierung.<sup>88</sup>

Die Parallelen zeigen, dass das Gesetz zur effektiveren Bekämpfung von Nachstellungen die 2017 angestoßene Entwicklung somit in bedenklicher Weise fortführen. Statt eines bloßen Symbolaktes stellt die Herabsetzung der Taterfolgsschwelle somit vielmehr eine problematische Ausweitung dar. Betrachtet man die Ersetzung des Tatbestandsmerkmals vor diesem Hintergrund, so kann eine gefährliche Entwicklung „ultimativer Ausdehnung“<sup>89</sup> im Strafrecht beobachtet werden. Das am Beispiel der Geldwäschebekämpfung formulierte und „auf viele Dunkelfeld-Tatbestände übertragbare [...] Fischer-Paradoxon“<sup>90</sup> findet insofern auch hier mustergültig Relevanz:

„Stets fehlt zum Erfolg angeblich noch eine letzte Ausweitung des Tatbestandes. In paradoxer Logik speist sich die Legitimität [der strafrechtlichen Bekämpfung] so aus [ihrer] Erfolglosigkeit.“<sup>91</sup>

<sup>79</sup> Vgl. etwa *OLG Rostock*, Beschl. v. 27.5.2009 – 1 Ss 96-09 I 40/09.

<sup>80</sup> Vgl. etwa *BGH*, NSStZ-RR 2013, 145 (145 ff.) sowie *BGH*, NSStZ 2014, 571 (572); zur Entwicklung der Rechtsprechung s. *Buß*, JR 2016, 356 (357).

<sup>81</sup> *LG Heidelberg*, Urt. v. 6.5.2008 – 2 KLS 22 Js 6935/07, Rn. 39, 68 f.

<sup>82</sup> *Steinberg*, JZ 2017, 676 (678 f.).

<sup>83</sup> So auch *Köhne*, ZRP 2014, 141 (142); ähnlich auch schon *Gazeas*, KJ 2006, S. 247 (253) mit Verweis auf das Übermaßverbot.

<sup>84</sup> Vgl. *Steinberg*, JZ 2017, 676 (678 f.); s. auch *Buß*, JR 2016, 356 (358 f.), der insofern eine Änderung der „Lebensgestaltung“ in den neutraleren Begriff der „Lebensumstände“ vorschlägt; näher zur psychischen Integrität bei Stalking *Nisco*, ZIS 2021, 1 (6 f.); a.A. etwa *Kuhlen*, ZIS 2018, 89 (94 ff.).

<sup>85</sup> S. BT-Drs. 18/9946, S. 10.

<sup>86</sup> *Lambrecht*, Zitat vom 3.2.2021, Bundesministerium der Justiz, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Archiv/DE/Zitate/2021/0203\\_Zitat\\_Lambrecht\\_Stalking.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Archiv/DE/Zitate/2021/0203_Zitat_Lambrecht_Stalking.html) (zuletzt abgerufen am: 14.11.2022); auf diese Aussage auch Bezug nehmend *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (119).

<sup>87</sup> So *Lambrecht*, Zitat vom 3.2.2021, Bundesministerium der Justiz.

<sup>88</sup> So auch *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (119).

<sup>89</sup> Vgl. den gleichnamigen Beitrag von *Fischer*, NJW-Editorial 37/2020.

<sup>90</sup> *Jahn*, SpuRt 2015, 149 (152).

<sup>91</sup> *Fischer*, StGB, 68. Aufl. (2021), § 261 Rn. 4d; vgl. *Nowak*, JuS 2018, 1180 (1181 f.).

### 3. Gesamtwürdigung der Ersetzung der Tatbestandsmerkmale

Allgemein lässt sich im modernen Strafrecht eine vermehrte Schaffung von Vorfelddelikten<sup>92</sup> sowie eine zunehmende Pönalisierung von – prima facie – sozialadäquaten Verhaltensweisen verzeichnen, die mit einer Hinwendung zu subjektiven Merkmalen und unscharfen Rechtsbegriffen einhergeht.<sup>93</sup> Insofern reihte sich der Nachstellungstatbestand bereits mit seiner Reform zum Eignungsdelikt nahtlos in diese Tendenzen des modernen Strafrechts ein. Wenn an zukünftiges anstelle von verwirklichtem Unrecht angeknüpft wird, ist eine tatbestandliche Restriktion essenziell, um nicht die freiheitsschützende Funktion des Strafrechts zu untergraben.<sup>94</sup>

Vor diesem Hintergrund aktueller Entwicklungsstränge sind die Änderungen der Tatbestandsmerkmale insgesamt differenziert zu bewerten.

Während der Taterfolg mit der Herabsetzung auf das absolute verfassungsrechtliche Minimum wichtige unrechtsspezifische Konturen vermissen lässt und insofern eine gefährliche Entwicklungslinie ultimativer Ausweitung fortführt, wird auf der Seite der Tathandlung mustergültig vorgeführt, wie der angesprochenen Entwicklung entgegengetreten werden kann.

Denn mit der Ersetzung des Merkmals „beharrlich“ ist ein unscharfer Rechtsbegriff um verzichtbare Elemente erleichtert worden, die sich weder mit dem Normzweck noch mit einem Tatstrafrecht insgesamt in Einklang bringen ließen und Normanwender vor erhebliche Subsumtionsschwierigkeiten stellten. Gleichzeitig verbleibt Letzteren durch eine einzelfallbezogene Auslegung der Wiederholung genügend Spielraum, um dem facettenreichen Stalking angemessen zu begegnen sowie sozialadäquate Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich herauszunehmen.

### III. Ergänzung cyberspezifischer Nachstellungshandlungen

Obleich im Evaluierungsbericht des Justizministeriums in Bezug auf die Bekämpfung von Stalking im Internet lediglich von Defiziten hinsichtlich der Expertise der Behörden, nicht jedoch von legislativem Bedarf die Rede ist,<sup>95</sup> ist die „bessere Erfassung des Cyberstalkings“ titelgebend für die vorliegende Gesetzesänderung.

So ergänzt das Gesetz den Katalog des Abs. 1 um drei weitere Tatvarianten. Dabei hat der Gesetzgeber bewusst von der Schaffung eines eigenen Cyberstalking-Straftatbestandes abgesehen, da die Cyberstalking-Handlungen neben die klassischen Nachstellungsmethoden treten, und nicht anstelle dieser von Tätern vorgenommen würden.<sup>96</sup>

#### 1. Begehung einer Tat nach §§ 202a bis 202c StGB

Als erste dieser Tatvarianten hält die Begehung einer Tat nach §§ 202a bis 202c StGB zulasten des Opfers selbst, Angehöriger oder nahestehender Personen mit § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB Einzug in den Nachstellungstatbestand. Unter das von §§ 202a ff. StGB umfasste Ausspähen bzw. Abfangen von Daten oder diesbezügliche Vorbereitungshandlungen sollen sich insbesondere solche Fälle subsumieren lassen, in denen sich der Täter unbefugten Zugang zu Email- oder Social-Media-Konten des Opfers verschafft, zum Beispiel durch Hacking oder durch sogenannte Stalkingware.<sup>97</sup>

Mit der Aufnahme in den Handlungskatalog des Nachstellungstatbestandes werde zudem eine Anwendung von

<sup>92</sup> Kühl, ZIS 2016, 450 (450); zur Kritik dieser Entwicklung vgl. etwa Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 380 ff.

<sup>93</sup> Vgl. Petzschke, ZStW 2019, 576 (580 f.).

<sup>94</sup> Petzschke, ZStW 2019, 576 (585 f., 594).

<sup>95</sup> BT-Drs. 19/26515, S. 24; Gercke, ZUM 2021, 921 (924).

<sup>96</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 9.

<sup>97</sup> BT-Drs. 19/28679, S.12.

dessen straf erhöhenden Absätzen 2 und 3 unter den dort normierten Voraussetzungen ermöglicht.<sup>98</sup>

*a) Die Aufnahme von §§ 202b und 202c StGB*

Im Regierungsentwurf des Gesetzes vom April 2021 war lediglich § 202a StGB, nicht jedoch §§ 202b und 202c StGB aufgeführt worden. Dies stieß unter anderem auf Kritik beim Bundesrat,<sup>99</sup> der das Abfangen von Daten nach § 202b StGB mit dem Ausspähen nach § 202a StGB gleichgestellt haben wollte. In der Folge ergänzte der Rechtsausschuss die Tatmodalität um die beiden Paragraphen.

Andere Stimmen im Schrifttum halten eine Einbeziehung dieser hingegen nicht für geboten.<sup>100</sup> Während § 202b StGB aufgrund des technischen Fortschritts in der Praxis keine bedeutende Rolle spiele, beträfen die in § 202c StGB normierten Vorbereitungshandlungen noch nicht die Privatsphäre des Opfers.<sup>101</sup>

Ersterem ist entgegenzuhalten, dass der Eingriff in die Privatsphäre des Opfers durch das Abfangen von Daten ebenso schwer wiegt wie jener durch das Ausspähen selbiger.<sup>102</sup> Der Umstand, dass es praktisch seltener zu diesen Fällen kommt, vermag deren Unrechtsgehalt nicht zu beeinflussen. Demnach ist die Einbeziehung von § 202b StGB folgerichtig.

Die Aufnahme des § 202c StGB in den Katalog der Tathandlungen ist mit dieser Argumentation hingegen konsequenterweise abzulehnen, da der Eingriff in die Privatsphäre durch bloße Vorbereitungshandlungen noch nicht gegeben, das Schutzgut des § 238 StGB demzufolge nicht betroffen ist.<sup>103</sup> Überdies führt die Vorfeldstrafbarkeit des § 202c StGB als abstraktes Gefährungsdelikt in Kombination mit der allgemeinen Ausgestaltung des Nachstellungstatbestandes als potenzielles Gefährungsdelikt zu einer ausufernden Tatbestandsweite.

*b) Allgemeines Regelungsbedürfnis des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB*

Dessen ungeachtet stellt sich die grundlegende Frage, ob für die in § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB aufgenommenen Tathandlungen im Allgemeinen ein Regelungsbedürfnis besteht, da diese bereits mit Strafe bedroht sind.<sup>104</sup>

So weist § 238 StGB im Grunddelikt gar denselben Strafraum von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe wie §§ 202a ff. StGB auf. Zudem erweisen sich die Tatbestände bei genauerer Betrachtung nicht als passend zur Eingliederung in den Nachstellungstatbestand.

*Gercke* weist insofern darauf hin, dass § 238 StGB eine wiederholte Begehung voraussetzt, wohingegen es stalkenden Tätern in der Realität wohl regelmäßig auf eine bloß einmalige (und damit endgültige) Beschaffung des Opfer-Accounts ankommen werde.<sup>105</sup> Dem ist jedoch bereits dadurch Rechnung getragen, dass es keiner Wiederholung derselben Handlungsweise bedarf, sondern der Täter sich verschiedenen Erscheinungsformen der Nachstellung bedienen kann, um das Merkmal „wiederholt“ zu erfüllen.<sup>106</sup>

Gleichwohl lässt sich an diesem Punkt mustergültig aufzeigen, dass die neu geschaffene Tatmodalität das stalkingspezifische Unrecht nicht passend abbildet. Beschafft sich ein Täter die Accountzugangsdaten seines Opfers,

<sup>98</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 12.

<sup>99</sup> BT-Drs., 19/29639, S. 2.; ebenfalls für eine Ergänzung plädiert der Deutsche Juristinnenbund e.V., Stellungnahme Nr.11/2021 vom 19.5.2021, S. 2, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2021/Downloads/0301\\_Stellungnahme\\_djb\\_Cyberstalking.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2021/Downloads/0301_Stellungnahme_djb_Cyberstalking.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

<sup>100</sup> *Gerhold*, ZRP 2021, 118 (Fn. 13); *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148); s. auch *Kretschmer*, JA 2022, 41 (42 f.).

<sup>101</sup> Vgl. *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148).

<sup>102</sup> Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/29639, S. 2.

<sup>103</sup> *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148).

<sup>104</sup> Insofern krit. DAV, Stellungnahme Nr. 22/2021 vom 21.3.2021, S. 7.

<sup>105</sup> *Gercke*, ZUM 2021, 921 (924 f.).

<sup>106</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 12; *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 54. Edition (1.8.2022), § 238 Rn. 13; *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (148); s. auch (zu § 238 a.F.); BGHSt 54, 189 (196).

verletzt er damit dessen formalen Geheimbereich, nicht jedoch dessen tatsächliche Freiheitssphäre, die § 238 StGB zum Schutzgut hat.<sup>107</sup> In diese greift der Täter erst ein, wenn beim Opfer ein Einschüchterungseffekt etwa dergestalt eintritt, dass es sich keiner vertraulichen Kommunikation mehr gewiss sein kann, oder aber wenn er Inhalte von dem übernommenen Account aus veröffentlichen würde.

Letzterer Fall bildet mit § 238 Abs. 1 Nr. 7 StGB seinerseits eine eigene Tatmodalität, dessen Stufe der Rechtsgutsbeeinträchtigung die bloße Datenbeschaffung nach §§ 202a ff. StGB keineswegs erreicht. Insofern kann die Begehung von §§ 202a ff. StGB im Hinblick auf § 238 StGB allenfalls eine straflose Vorbereitungshandlung darstellen.<sup>108</sup> Eine Gleichsetzung mit den anderen Tatvarianten überzeugt dogmatisch nicht.

Wäre § 238 als Erfolgsdelikt ausgestaltet, ergäbe sich die Problematik indessen nicht: Sobald das Ausspähen oder Abfangen der Daten beim Opfer zur Einschüchterung führen würde, wäre § 238 StGB erfüllt. Der Taterfolg verschüfe der Nachstellungshandlung den unrechtsspezifischen Charakter als ebensolche. Auch das vom Gesetzgeber angestrebte Spezialitätsverhältnis des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB zu § 202a StGB<sup>109</sup> wäre vor diesem Hintergrund vertretbar, da durch den Eintritt eines Taterfolgs das gesteigerte Unrecht zum Ausdruck kommt.

Die Deliktsnatur als Eignungsdelikt versperrt somit die Möglichkeit, cyberspezifische Nachstellungshandlungen in den Tatbestand dogmatisch sinnvoll aufzunehmen. Es zeigt sich abermals, dass die legislative Fehlentwicklung bereits mit der Reform im Jahre 2017 eingeleitet wurde.

## 2. Verbreitung von Abbildungen

Mit der Verbreitung oder dem Öffentlich-Zugänglichmachen von Abbildungen des Opfers oder einer ihm angehörigen oder nahestehenden Person in Abs. 1 Nr. 6 tritt eine weitere cyberspezifische Stalking-Handlung zu den Katalogtaten hinzu.

Die größte Praxisrelevanz entfaltet diese Tatvariante wohl für das immer häufiger auftretende Kriminalphänomen des sogenannten „Revenge Porn“, bei dem intime Aufnahmen aus einer früheren Beziehung im Nachhinein aus Rache veröffentlicht werden.<sup>110</sup>

Da die enorm einschüchternde Wirkung einer unkontrollierten Verbreitung jeglicher Abbildungen des Opfers schlechthin innewohnt, sind von dieser Tatmodalität auch an sich neutrale, und nicht ausschließlich intime oder höchstpersönliche Aufnahmen umfasst.<sup>111</sup> Im Hinblick auf ebendieses Normtelos kann auch die äußere Form der Abbildung keine Rolle spielen, sodass neben physischen oder digitalen<sup>112</sup> Bildaufnahmen auch Zeichnungen unter den Begriff der Abbildungen fallen.<sup>113</sup>

Die Handlungsvariante weist mitunter Bezüge zum Urheber- und Persönlichkeitsrecht auf, sodass es in der Folge zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen könnte,<sup>114</sup> die durch die allgemein voraussetzungsärmere Neufassung des Gesetzes zusätzlich verstärkt werden. Der DAV<sup>115</sup> spricht der Tathandlung mit Verweis auf § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB insoweit gar ihr Regelungsbedürfnis ab.

<sup>107</sup> Kretschmer, JA 2022, 41 (43).

<sup>108</sup> So auch Gerhold, ZRP 2021, 118 (Fn. 13).

<sup>109</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 12.

<sup>110</sup> Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 23; BT-Drs. 19/28679, S. 12; allgemein zu „revenge porn“ und dessen Strafbarkeit vgl. etwa Doerbeck, Cybermobbing, Phänomenologische Betrachtung und strafrechtliche Analyse, 2019, S. 134, 174 f.

<sup>111</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 12; Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 23.

<sup>112</sup> Zwar nimmt der Referentenentwurf auf § 11 Abs. 3 StGB und damit eigentlich nur auf „gegenständliche“ Aufnahmen Bezug; dem Normzweck nach müssen jedoch auch digitale Aufnahmen vom Tatbestand erfasst sein, Valerius, in: BeckOK-StGB, Rn. 9.

<sup>113</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 12, Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 23.

<sup>114</sup> Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 23.

<sup>115</sup> DAV, Stellungnahme Nr. 22/2021 vom 21.3.2021, S. 7.

Die im Falle von Rachepornos einschlägigen § 201a Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 StGB werden in der Literatur jedoch überwiegend restriktiv ausgelegt, sodass es neben eines schwierig nachweisbaren Wissenslements zusätzlich des Ausdrucks des entgegenstehenden Willens durch das Opfer bedarf.<sup>116</sup> Es kommt daher regelmäßig zur Strafflosigkeit.<sup>117</sup>

Bei dem weiterhin einschlägigen § 33 Abs. 1 i.V.m. §§ 22 f. KunstUrhG handelt es sich wiederum um ein absolutes Antragsdelikt, wodurch die effektive Strafverfolgung in vielen Fällen ebenfalls erheblich erschwert ist.<sup>118</sup>

Diese Schutzlücke wird mit § 238 Abs. 1 Nr. 6 StGB geschlossen, was aufgrund der offenkundigen Betroffenheit des von § 238 StGB zu schützenden Rechtsguts überzeugend ist. Verbleibende erforderliche Abgrenzungen lassen sich hingegen über das Merkmal „unbefugt“ vornehmen.<sup>119</sup>

### 3. Verbreitung herabwürdigender Inhalte

Den Abschluss der neuen Nachstellungshandlungen bildet die Verbreitung oder öffentliche Zugänglichmachung eines Inhalts, der dazu geeignet ist, das Opfer verächtlich zu machen oder es in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. In dieser Hinsicht der Tatvariante nach Nr. 3 verwandt, muss der Täter dabei die Urheberschaft der Person vortäuschen, indem er beispielsweise ein Social-Media-Konto unter dem Namen des Opfers anlegt.<sup>120</sup>

Über diesen könnte der Täter dann angebliche sexuelle oder kriminelle Fantasien des Opfers kundtun, um den Tatbestand des § 238 Abs. 1 Nr. 7 StGB zu erfüllen.<sup>121</sup> Allgemein sind jegliche Behauptungen ehrenrühriger Tatsachen, nach herrschender Meinung unabhängig von dem tatsächlichen Eintritt einer Ehrverletzung<sup>122</sup>, umfasst.<sup>123</sup> Da der Gesetzgeber mit der Eignung, „das Opfer verächtlich zu machen oder es in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen“ auf einen bereits in § 186 StGB etablierten Rechtsterminus zurückgreift, sei im Übrigen auf die in diesem Rahmen von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Ausführungen verwiesen.<sup>124</sup> Insofern führt die Aufnahme dieser Eignungsvoraussetzung auch nicht zu weiteren Bestimmtheitsbedenken gegen den Stalking-Tatbestand.

Im Gegensatz zu den anderen beiden hinzugetretenen Tatmodalitäten ist das Verhalten des Abs. 1 Nr. 7 bislang nicht im Strafgesetzbuch geregelt. Da das Schutzgut des Nachstellungsparagrafen hier, wie bereits aufgezeigt, unverkennbar betroffen ist, ist die Aufnahme dieser Handlungsvariante zu begrüßen.

### 4. Die Erfassung vergleichbarer Handlungen – § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB

Keine Änderung erfährt die seit jeher umstrittene Generalklausel in § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB. Bemerkenswert ist, dass eine Streichung des Auffangtatbestandes, wie sie bei der letztmaligen Herabsenkung der Strafbarkeitsschwelle 2017 noch diskutiert wurde,<sup>125</sup> im Gesetzgebungsverfahren des Jahres 2021 keine Rolle mehr spielte.

<sup>116</sup> Kargl, in: NK-StGB, § 201a Rn. 19; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 201a Rn. 8; Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen, 2007, S. 195 f.; a.A. etwa Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 17.

<sup>117</sup> Daher gegen eine restriktive Auslegung Bosch, JZ 2005, 377 (382).

<sup>118</sup> Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502 (Fn. 50).

<sup>119</sup> So auch DRB, Stellungnahme Nr. 7/21 im März 2021, S. 3; Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 StGB Rn. 23.

<sup>120</sup> Rengier, BT II, § 26a Rn. 13; Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149).

<sup>121</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 12.

<sup>122</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186, Rn. 4; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 186 Rn. 15; Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 186 Rn. 5; Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 5; a.A. Zaczyk, in: NK-StGB, § 186 Rn. 6.

<sup>123</sup> Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 5.

<sup>124</sup> S. dazu u.a. Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 186 Rn. 14 f.; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 4 f.; Kindhäuser/Hilgendorf, StGB, 9. Aufl. (2022), § 186 Rn. 1 ff.

<sup>125</sup> Vgl. etwa BR-Drs. 193/1/14, S. 20.

### a) Legitimation der Generalklausel

Der Zweck der Einführung eines Auffangtatbestandes lag laut Gesetzesmaterialien von 2007 darin, „künftige technische Entwicklungen [...] und neu auftretende Verhaltensweisen“<sup>126</sup> erfassen zu können. Auch befürwortende Stimmen in der Literatur stützten sich allein auf die Befürchtung, dass ohne einen Auffangtatbestand ständig Änderungsgesetze zur Anpassung an den technischen Fortschritt erlassen werden müssten.<sup>127</sup>

Mit der expliziten Aufnahme von cyberspezifischen Handlungsformen in Nr. 5 bis 7 hat sich der Gesetzgeber jedoch genau dazu entschieden; der Zweck der Auffangklausel ist somit weggefallen oder zumindest unterlaufen.<sup>128</sup>

Hinzutritt, dass seit jeher ernsthafte Zweifel an der praktischen Relevanz der Generalklausel geäußert werden, da die Nr. 1 bis 4 die häufigsten Stalkinghandlungen bereits erfassen würden und eine angemessene flexible Normanwendung durch offene Tatbestandsmerkmale wie „sonstige Mittel der Kommunikation“ ohnehin gewährleistet sei.<sup>129</sup> Die Zweifel stellten sich als berechtigt heraus: in den gerichtlichen Entscheidungen zu Stalkingvorwürfen der letzten Jahre fand der Auffangtatbestand nahezu keine Anwendung.<sup>130</sup>

### b) Die Beibehaltung unter Bestimmtheitsabwägungen

Die wenigen Fälle, in denen § 238 StGB bei Verzicht auf einen Auffangtatbestand theoretisch nicht greifen würde, stehen dabei in keinem Verhältnis zu den erheblichen Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Generalklausel mit Art. 103 Abs. 2 GG.

Zu berücksichtigen ist, dass sich die Formulierung eines Nachstellungsstraftatbestandes stets in einem Spannungsfeld zwischen dem Facettenreichtum von Stalking auf der einen, und dem Gebot einer präzisen, rechtssicheren und hinreichend bestimmten Ausgestaltung auf der anderen Seite bewegt. Wie aufgezeigt, wird dieser Spagat im Rahmen der einzelfallbezogenen Auslegung des Merkmals „wiederholt“ mustergültig gemeistert.

Demgegenüber mangelt es im Rahmen der Generalklausel hingegen an klaren Orientierungslinien, anhand derer die Vergleichbarkeit der Handlung beurteilt werden kann. Denn die Tatbestandsalternativen des Abs. 1 sind in Sachen Begehungsweise und Unrechtsgehalt derart unterschiedlich, dass sich daraus keinerlei verallgemeinerbare Schlüsse für die Subsumtion vergleichbarer Handlungen ziehen lassen.<sup>131</sup> Der unbestimmte Rechtsbegriff der „vergleichbaren Handlung“ lässt sich nicht hinreichend konkretisieren, die Anforderungen an die Tatmodalität bleiben folglich im Unklaren, weshalb nach hier vertretener Auffassung ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG vorliegt.<sup>132</sup>

Diesem Umstand Rechnung tragend, ist die „andere“ vergleichbare Handlung daher restriktiv bzw. wörtlich auszulegen, sodass Handlungen, die (knapp) unterhalb des Schweregrades der Nr. 1 bis 7 liegen, nicht erfasst sein können.<sup>133</sup>

<sup>126</sup> BT-Drs. 16/3641, S. 14.

<sup>127</sup> Buß, Stalkingstraftatbestand, S. 240 f. m.w.N.

<sup>128</sup> Ähnlich Kretschmer, JA 2022, S. 41 (44).

<sup>129</sup> Buß, Stalkingstraftatbestand, S. 241; Wolter, in: SK-StGB, § 238 Rn. 18; Mitsch, NJW 2007, 1237 (1239).

<sup>130</sup> Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 26; Spohn, Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz, S. 95; auch bereits Schöch, NSTZ 2013, 221 (222).

<sup>131</sup> Vander, KritV 2006, S. 81 (89); Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 6, Buß, Stalkingstraftatbestand, S. 243, der die Generalklausel insoweit klar von denjenigen in §§ 315 Abs. 1 Nr. 4, 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB differenziert; so auch Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 5.

<sup>132</sup> Im Ergebnis so auch Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 238 Rn. 26; Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, Teil 1, 4. Aufl. (2021), § 9 Rn. 105, 110; Gazeas, JR 2007, 497 (501); zweifelnd wohl auch schon BGHSt 54, 189 (194); a.A. Gericke, in: MüKo-StGB, § 238 Rn. 36ff.; Kühlen, ZIS 2018, 89 (91 f.); Kubiciel/Borutta, KriPoZ 2016, 194 (196 f.); Mosbacher, NSTZ 2007, 665 (668).

<sup>133</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 5; Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 9 Rn. 105, mit Verweis auf das Analogieverbot; Gazeas, JR 2007, 497 (502). Das Belästigen durch ständiges Anrufen und Auflegen, das mangels Versuches, Kontakt zum Opfer herzustellen, nicht von Abs. 1 Nr. 2 erfasst ist, fällt somit nicht in den Anwendungsbereich der Norm; a.A. Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149).



### 5. Gesamtwürdigung des neuen Handlungskatalogs

Der modifizierte und damit nun üppig bestückte Handlungskatalog des Abs. 1 zeigt, dass Stalking nach wie vor ein schwer fassbares Kriminalphänomen ist, das in seiner rechtlichen Würdigung Bezüge zu vielen verschiedenen Bereichen wie etwa dem Persönlichkeits- und Urheberrecht aufweist.

Dennoch und gerade deshalb ist es dem Gesetzgeber auferlegt, befürchtete Schutzlücken nicht um jeden Preis zu schließen.<sup>134</sup> So kann die Einführung von § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB nicht überzeugen. Indem man sich mit der Aufnahme von drei weiteren Tatmodalitäten in die Neufassung des Gesetzes für eine kasuistische Erfassung der Stalking-Verhaltensmuster entschied, hätte zudem konsequenterweise die ohnehin verfassungsrechtlich bedenkliche Generalklausel aufgegeben werden müssen.

## IV. Umwandlung der Qualifikation in Regelbeispiele

Stellte § 238 Abs. 2 StGB a.F. mit der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung noch einen Qualifikationstatbestand dar, so handelt es sich seit der Neufassung nunmehr um ein Regelbeispiel für das Vorliegen besonders schwerer Fälle.

Im Rahmen dessen bildet der Passus aus § 238 Abs. 2 StGB a.F. den jetzigen § 238 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB, zu dem mit Nr. 1 sowie Nr. 3 bis 7 sechs weitere Beispiele besonders schwere Fälle treten. Der im Verhältnis zum Grundtatbestand erhöhte Strafrahmen von drei Monaten bis fünf Jahren bleibt dabei gleich.

Mit der Umwandlung der Qualifikation in eine Strafzumessungsregel soll eine flexiblere Normanwendung gewährleistet werden, im Rahmen derer sich die erhöhte Strafandrohung auch auf andere, dem § 238 Abs. 2 StGB a.F. vergleichbare Fälle erstrecken lässt.<sup>135</sup>

### 1. Regelbeispielstechnik und Bestimmtheitsbedenken

Das Bestreben um einzelfallbezogene Flexibilität durch Regelbeispielstechnik ist dem StGB nicht neu.<sup>136</sup> Mit der Änderung des § 243 StGB in Regelbeispiele konnte den unbefriedigenden Ergebnissen der zu starr empfundenen alten Fassung so etwa tatsächlich Rechnung getragen werden.<sup>137</sup>

Auch die Qualifikationstatbestände des § 238 StGB Abs. 2 und Abs. 3 a.F. wurden als zu eng empfunden, da sie in der Rechtspraxis höchstens vereinzelt Anwendung fanden.<sup>138</sup> Regelbeispiele bieten sowohl die Möglichkeit, einen besonders schweren Fall in nicht vom Gesetz benannten Fällen anzunehmen, als auch in umgekehrter Richtung trotz Vorliegens der Voraussetzungen aufgrund mildernder Umstände von einer Strafschärfung abzusehen, und geben dem Normanwender so ein Instrument zur einzelfallbezogenen Abwägung an die Hand.<sup>139</sup>

Betrachtet man die mannigfaltigen Ausprägungen von Stalking, scheint sich dieses Vorgehen prima facie somit bestens für den Nachstellungsparagrafen zu eignen.

Allerdings wird mit dem Zurückgreifen auf die Regelbeispielstechnik die Strafnorm abermals für Wertungen geöffnet, was der Rechtssicherheit und der Bestimmtheit des Tatbestandes zuwiderlaufen könnte.<sup>140</sup> Wie ein Blick in die Gesetzesmaterialien zeigt, waren dem Gesetzgeber diese Bestimmtheitsbedenken bewusst, weshalb Abs. 2 S. 1 ausschließlich an die explizit aufgeführten Tatmodalitäten der Nr. 1 bis 7, nicht jedoch an die Generalklausel

<sup>134</sup> Vgl. *Kühl*, Stellungnahme vor dem BT-Rechtsausschuss, 13.10.2006, S.1 f.

<sup>135</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 13, unter Berufung auf den Evaluierungsbericht (BT-Drs. 19/26515).

<sup>136</sup> Vgl. z.B. §§ 94 Abs. 2 S. 2, 113 Abs. 2 S. 2, 243 Abs. 1 S. 2, 253 Abs. 4 S. 2, 261 Abs. 4 S. 2, 263 Abs. 3 S. 2.; krit. zur vermehrten Nutzung der Regelbeispielstechnik *Scheffler*, ZStW 2006, 766 (778 ff.).

<sup>137</sup> *Schmitz*, in: MüKo-StGB, § 243 Rn. 3.

<sup>138</sup> BT-Drs. 18/28679, S. 9 mit Verweis auf den Evaluierungsbericht.

<sup>139</sup> Allgemein zur Regelbeispielstechnik vgl. *Eisele*, JA 2006, 309 (309 ff.) sowie *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, vor §§ 38 ff. Rn. 47 ff.

<sup>140</sup> So auch *Kretschmer*, JA 2022, S. 41 (45).

in Nr. 8 anknüpft, um eine Kumulation unbestimmter Tatbestandsmerkmale zu vermeiden.<sup>141</sup>

Folgt man der herrschenden Meinung<sup>142</sup> und ordnet Regelbeispiele als Strafzumessungen ein, könnte man dieser Befürchtung des Gesetzgebers entgegensetzen, dass sich die Unbestimmtheit einer Norm nicht aus der Gesamtschau von Tatbestand und Rechtsfolge ergeben kann.<sup>143</sup> Bei gesonderter Betrachtung der Rechtsfolgenseite kann sodann auf die Entscheidung des *BVerfG* verwiesen werden, das die Regelbeispieltechnik als verfassungsgemäß einstuft.<sup>144</sup>

Dies vermag streng dogmatisch betrachtet zu überzeugen, läuft jedoch unter der hypothetischen Annahme, dass der Auffangtatbestand seinerseits hinreichend bestimmt ist.<sup>145</sup> In der Praxis könnte es aufgrund der problematischen Weite des Auffangtatbestandes hingegen durchaus zu einem Fall kommen, bei dem ein Täter im Ergebnis allein aufgrund normativer Wertungen der Judikative eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren erhielt.<sup>146</sup> Es überrascht daher nicht, dass Regelbeispiele in der Literatur auf gleicher Ebene wie die Generalklausel des § 238 StGB als problematisches Beispiel im Hinblick auf den *nullum crimen sine lege* Grundsatz diskutiert werden.<sup>147</sup> Zudem wohnen auch Regelbeispielen wesentliche Unrechtsmerkmale inne.<sup>148</sup> Ihre Charakterisierung als Strafzumessungsregeln darf somit nicht zur Umgehung des Bestimmtheitsgrundsatzes führen, der freilich auch für die Rechtsfolgenseite gilt.<sup>149</sup>

Während das Absehen von einer Straferhöhung trotz Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen noch als zulässige täterbegünstigende Ausnahme angesehen werden kann, stehen zumindest die aus der Regelbeispielmethode resultierenden unbenannten schweren Fälle somit in einem erheblichen Spannungsfeld zum Bestimmtheitsgebot sowie dem Analogieverbot.<sup>150</sup> Insofern ist die grundsätzliche Kritik an der Regelbeispieltechnik in der Literatur berechtigt.

Der Gesetzgeber hat sich demnach eines weiteren hochumstrittenen Instrumentes bedient, welches sich am Rande der Verfassungsmäßigkeit bewegt.

## 2. Die Regelbeispiele im Einzelnen

### a) Gesundheitsschädigungen und Tod in Nr. 1 und Nr. 2

Wie oben erwähnt, ist die bisherige Qualifikation nunmehr in Abs. 2 S. 2 Nr. 2 genannt, vor die sich zudem das Eintreten einer einfachen Gesundheitsschädigung reiht.

Grundsätzlich wäre überzeugender gewesen, die einfache Gesundheitsschädigung in den Taterfolg des Grunddelikts eines als Erfolgsdelikt ausgestalteten § 238 StGB aufzunehmen. So hätte man die Stalkingfälle mit traumatischen Folgen passgenau erfassen können, ohne den Tatbestand in bedenklicher Weise auszuweiten.

Dessen ungeachtet stellt sich die Frage, ob auch Fahrlässigkeit in Bezug auf die Verursachung der einfachen Kör-

<sup>141</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 13.

<sup>142</sup> Schmidt, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 243 Rn. 1; Schmitz, in: MüKo-StGB, § 243 Rn. 2; Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 38 ff. Rn. 47; Fabry, NJW 1986, 15 (16 f.); zur Diskussion vgl. Eisele, JA 2006, 309 (311 f.).

<sup>143</sup> So Eisele, KriPoZ 2021, 147 (150).

<sup>144</sup> BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 2 BvR 308/77; Eisele, KriPoZ 2021, 147 (150).

<sup>145</sup> Vgl. Eisele, KriPoZ 2021, 147 (150).

<sup>146</sup> Vgl. dazu auch die Lehre vom Gesamtstrafrahmen, nach der § 238 StGB so zu lesen wäre: Insgesamt ist ein Strafrahmen von Geldstrafe (Mindeststrafe im Grunddelikt) bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe (Höchststrafe nach Abs. 3) vorgeschrieben, innerhalb dessen sich der Richter anhand des Vorliegens der einzelnen Voraussetzungen entscheidet; eingehend Streng, Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl. (2012), Rn. 518 f.

<sup>147</sup> S. etwa Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 1 Rn. 29; Greco, GA 2012, 452 (454 ff.).

<sup>148</sup> Andernfalls könnte eine Straferhöhung nicht gerechtfertigt werden; vgl. Duttge, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 243 Rn. 2; Schmitz, in: MüKo-StGB, § 243 Rn. 3.

<sup>149</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 243 Rn. 4.

<sup>150</sup> Schmitz, in: MüKo-StGB, § 243 Rn. 3 f.; zum Ganzen Maiwald, in: FS Gallas, 1973, S. 137 (137 ff., 151 ff.).

perverletzung ausreichend ist. Hintergrund ist, dass die Formulierung „verursacht“ im Strafgesetzbuch typischerweise Erfolgsqualifikationen kennzeichnet.<sup>151</sup> Gemäß § 18 StGB müsste der Täter in diesem Fall die einfache Gesundheitsschädigung als Folge seiner Nachstellungen nicht einmal billigend in Kauf nehmen, sondern lediglich fahrlässig herbeiführen.

Eine gründlichere systematische Auslegung führt jedoch zur Verneinung dieser Frage.<sup>152</sup> So weist „bring“ in Nr. 2 eindeutig auf ein Vorsatzerfordernis für die schwere Gesundheitsschädigung bzw. den Tod hin.<sup>153</sup> An die einfache Gesundheitsschädigung würden mithin höhere subjektive Anforderungen gestellt werden als an die Herbeiführung des Todes, obwohl beides mit der gleichen Strafanandrohung belegt ist. Das entspräche nicht dem Willen des Gesetzgebers.

Zudem findet sich im gesamten StGB kein einziges Regelbeispiel vor, das eine solche Vorsatz-Fahrlässigkeit-Kombination enthält.<sup>154</sup> Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund dies gerade bei § 238 StGB der Fall sein sollte, wenn dies aus den vorstehenden Gründen im Widerspruch zur Normsystematik steht.

Fahrlässigkeit kann für Nr. 1 somit nicht genügen, eine abweichende Formulierung wäre vorzugswürdig gewesen.<sup>155</sup>

#### b) Intensive Belastung über einen langen Zeitraum in Nr. 3

Nr. 3 formuliert sodann eine „Vielzahl von Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten“ als besonders schweren Fall der Nachstellung.

Im Gesetzentwurf von 2021 war dieses Regelbeispiel demgegenüber noch in eine rein quantitative und eine mit rein auf den Zeitraum bezogene Variante aufgeteilt.<sup>156</sup>

Sowohl die zeitlichen als auch die quantitativen Vorgaben zur Erfüllung der beiden vorgesehenen Regelbeispiele ließen jedoch in ihrer Starrheit den Eindruck von Beliebigkeit erwecken. So wurden aus dem genannten Zeitraum von zunächst neun Monaten im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens später vier und jetzt sechs Monate.<sup>157</sup> Die „Vielzahl von Tathandlungen“ hatte ausweislich des Entwurfs zudem an mindestens 75 Prozent der Tage und in jeder Woche zumindest einmal stattzufinden,<sup>158</sup> was ebenfalls herausgegriffen erscheint und in der Exaktheit regelmäßig nur schwierig nachweisbar wäre.<sup>159</sup>

Eine Zusammenfassung der Zeit- und Anzahlbestimmung zu einer einzigen Unrechtskomponente ermöglicht hingegen eine Abwägung der beiden Dimensionen, um die von diesem Regelbeispiel zum Ausdruck gebrachte besondere Hartnäckigkeit einzelfallgerecht beurteilen zu können. Im Hinblick auf den mit der Regelbeispielstechnik verfolgten Zweck ist das überzeugend.<sup>160</sup>

#### c) Cyberspezifische Strafschärfungen in Nr. 4, 5 und 6

Die in Nr. 4 bis 6 hinzugetretenen Regelbeispiele normieren cyberspezifische Strafschärfungen und knüpfen dabei jeweils konkret an die cyberspezifischen Tatmodalitäten in Abs. 1 an. So sollen mit Abs. 2 Nr. 4 etwa solche Fälle des Abfangens bzw. Ausspähens von Daten vom erhöhten Strafraumen erfasst werden, in denen ein spezielles

<sup>151</sup> Kretschmer, JA 2022, 41 (45).

<sup>152</sup> Ablehnend auch Rengier, Strafrecht BT II, § 26a Rn. 23; Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149); Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 9 Rn. 117.

<sup>153</sup> Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149) mit Verweis auf dens., BT I, Rn. 443.

<sup>154</sup> Rengier, Strafrecht BT II, § 26a Rn. 23.

<sup>155</sup> So schlägt Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149) etwa „eine Gesundheitsschädigung hervorruft“ als Formulierung vor.

<sup>156</sup> Vgl. BT-Drs. 19/28679, S. 8.

<sup>157</sup> Kretschmer, JA 2022, S. 41 (46).

<sup>158</sup> Vgl. BT-Drs. 19/28679, S. 11.

<sup>159</sup> So die Stellungnahme des Bundesrates BT-Drs. 19/29639, S. 2; Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149).

<sup>160</sup> So auch Eisele, KriPoZ 2021, 147 (149); krit. hingegen Freudenberg, BRJ 2022, 12 (16 f.).

Computerprogramm zu diesem Zweck eingesetzt wird.

In den Gesetzesmaterialien heißt es zur Begründung, dass „das Vorgehen damit nicht nur besonders perfide, sondern regelmäßig auch von besonderer Dauer und Intensität“<sup>161</sup> sei. Letzterer Gesichtspunkt vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, da mit Nr. 3 bereits ein Regelbeispiel geschaffen wurde, das sein erhöhtes Unrecht in Dauer- und Intensitätsaspekten findet. Sollte der Einsatz eines Computerprogrammes somit zu einer intensiven Belastung über einen längeren Zeitraum führen, greift dieses Regelbeispiel ohnehin und macht Nr. 4 im Hinblick auf das zu erfassende Unrecht obsolet.

Zudem wird der Einsatz von Stalkingware in der Gesetzesbegründung bereits im Rahmen des Abs. 1 Nr. 5 exemplarisch angeführt, worin sich zeigt, dass es an einer unrechtserhöhenden Komponente im Vergleich zum Grundtatbestand fehlt. Das „perfide Vorgehen“ als solches hat keinen Einfluss auf die Wirkung beim Opfer, für dessen zu vermeidende Beeinträchtigung es keinen Unterschied macht, ob der Täter nun ein Computerprogramm einsetzt oder sich einer anderen Begehungsweise zur Verwirklichung von Abs. 1 Nr. 5 bedient.<sup>162</sup>

Gleiches lässt sich für die Aufnahme von Nr. 5 und Nr. 6 in den Katalog der Regelbeispiele anführen, bei denen das Ausspähen bzw. Abfangen von Daten nach Abs. 1 Nr. 5 zum Zwecke der Veröffentlichung nach Abs. 1 Nr. 6 bzw. Nr. 7 strafscharfend wirken soll: Auf welche Art und Weise der Täter Zugriff auf eine zu verbreiten beabsichtigte Abbildung des Opfers erlangt, ist für das mit der Verbreitung verwirklichte Unrecht ohne Belang.

Zudem zeigt sich besonders deutlich, was in Kapitel D. I. 2. bereits herausgearbeitet worden ist: Das Ausspähen und Abfangen von Daten finden regelmäßig im Vorfeld der tatsächlichen Nachstellungen wie der Verbreitung von Abbildungen oder herabwürdigenden Inhalten statt, was der Gesetzgeber offenbar selbst erkannt hat. Statt die Handlungen jedoch als straflose Vorbereitungshandlungen zu qualifizieren und in der Folge von einer Einbeziehung abzusehen, konstruiert er zwei strafscharfende Regelbeispiele aus dem Zusammenspiel der Tathandlungen.

Indes bildet diese Kombination verschiedener Nachstellungshandlungen gerade den Regelfall der vom Grundtatbestand verlangten wiederholten Begehungsweise.<sup>163</sup> Das vom Grunddelikt per se verwirklichte Unrecht erfüllt mithin ohne weiteres Zutun zugleich einen besonders schweren Fall; „wiederholt“ ist in dogmatischer Absurdität Tatbestandsmerkmal und Regelbeispiel zugleich.<sup>164</sup> Die Aufnahme der Nr. 4 bis 6 in den Katalog der Regelbeispiele ist demnach schärfstens zu kritisieren.<sup>165</sup>

## V. Schlussbetrachtung: Wie hat der Gesetzgeber den Spagat zwischen Bestimmtheit und Flexibilität gemeistert?

Noch immer bewegt sich der Nachstellungstatbestand in einem erheblichen Spannungsfeld zwischen rechtspräziser Ausgestaltung und Komplexität des Phänomens Stalking. Verkompliziert wird dieses Dilemma durch den Umstand, dass aufgrund des technischen Fortschritts zu den ohnehin vielzähligen Möglichkeiten, Personen nachzustellen, weitere internetspezifische Begehungsweisen treten. Gleichzeitig ergab der Evaluierungsbericht zur letzten Gesetzesänderung, dass die Verurteilungszahlen noch immer gering sind.

Dieser Problematik sollte mit der vorliegenden Neufassung des Gesetzes begegnet werden. Indes hat sich gezeigt,

<sup>161</sup> BT-Drs. 19/28679, S. 13.

<sup>162</sup> Auf diese Willkürlichkeit hinweisend auch *Eisele*, KriPoZ 2021, 147 (150) sowie *Kretschmer*, JA 2022, S. 41 (46).

<sup>163</sup> Im Durchschnitt nutzen Täter drei bis fünf unterschiedliche Stalkingmethoden; *Dressing/Kühner/Gass*, FPR 2006, 176 (179) mit Verweis auf die Untersuchungen von *Mullen/Pathé/Purcell/Stuart*, *American Journal of Psychiatry* 1999, 1244 (1244 ff.)

<sup>164</sup> *Kretschmer*, JA 2022, S. 41 (46).

<sup>165</sup> Vgl. im Übrigen *Gercke*, ZUM 2021, 921 (925), der bereits die Subsumtionsfähigkeit des Einsatzes von Stalkingware unter §§ 202a ff. StGB im Allgemeinen infrage stellt, da regelmäßig keine Zugangssicherung überwunden werde.

dass dem Unterfangen des Gesetzgebers dabei eine gewisse Janusköpfigkeit attestiert werden kann.

So ist die Objektivierung des Tatbestandsmerkmals „beharrlich“ zu „wiederholt“ in jeder Hinsicht begrüßenswert, da die Anforderungen im Ergebnis klarer werden und die Hinwendung vom Täter zur Tat im Einklang mit dem Normzweck sowie dem Wesen unserer Strafrechtsordnung insgesamt steht. Zudem lassen Bestrebungen der rechtssicheren Erfassung und der Vermeidung einer Kumulation unbestimmter Tatbestandsmerkmale zunächst hoffnungsvoll aufhorchen.

Auf der anderen Seite verpasst die Gesetzesänderung die Gelegenheit, in diesem Zuge Abschied von der verfassungsrechtlich bedenklichen Generalklausel zu nehmen, deren ohnehin fragwürdige Legitimation durch die Ergänzung des Handlungskatalogs weiter ad absurdum geführt wurde. Aufgrund ihrer problematischen Weite ebenso bedenklich ist die Herabsetzung der Taterfolgsschwelle. Hier konnten mehrere Parallelen zur letztmaligen Reform des § 238 StGB herausgearbeitet werden, die eine Fehlentwicklung hin zu einer problematischen Ausdehnung des Normanwendungsbereiches angestoßen hat. Statt den Tatbestand, wie geboten, präzise auf die zu erfassenden Fälle zuzuschneiden, wird dabei auf den Misserfolg in der Strafverfolgung mit einem strafpolitischen „Wahn [...] Lücken schließen zu müssen“<sup>166</sup> reagiert.<sup>167</sup> Insofern kritisch zu bewerten ist auch die Einführung von Abs. 1 Nr. 5, deren beschriebene Tathandlungen im Hinblick auf § 238 StGB lediglich straflose Vorbereitungshandlung sein können. Dass diese sogar, wenn es tatsächlich zur Rechtsgutsbeeinträchtigung kommt, zugleich einen besonders schweren Fall begründen können, entbehrt sodann jeglicher Nachvollziehbarkeit.

Im Gesamtvotum überwiegen die zu kritisierenden Aspekte der Neufassung, zu groß sind letztlich die grundsätzlichen Bedenken im Hinblick auf das Abrücken vom fragmentarischen, freiheitsschützenden zum sozial-regulativen Strafrecht. Das Potenzial wurde verschenkt.

*Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.*

<sup>166</sup> Paeffgen, in: NK-StGB, § 113 Rn. 85.

<sup>167</sup> Köhne, ZRP 2009, 87 (88).