

**Stellungnahme des Deutsche Strafverteidiger e.V.
zu dem Referentenentwurf über ein
Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen**

Berichterstatter: Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz

Deutsche Strafverteidiger e.V.
Westhafenplatz 1, 60327 Frankfurt a.M.
Telefon: 069 271 33 484, Telefax: 069 271 33 488
E-Mail: post@deutsche-strafverteidiger.de

I.

Gegenstand des Referentenentwurfs

Der Referentenentwurf sieht eine Änderung des § 238 Abs. 1 StGB und des § 374 Abs. 1 Nr. 5 StPO vor, um den strafrechtlichen Opferschutz gegen Nachstellungen zu stärken (Artikel 1 und 2 des Entwurfs).

Darüber hinaus beinhaltet er eine Einführung eines § 214a FamFG und eine Änderung des § 4 GewSchG, um die effektive Durchsetzung von Vergleichen in Gewaltschutzverfahren zu verbessern und einen Gleichlauf mit dem strafrechtlichen Schutz bei gerichtlichen Gewaltschutzanordnungen herzustellen (Artikel 3 und 4 des Entwurfs).

II.

Stellungnahme

1. Änderung des § 238 Abs. 1 StGB (Artikel 1 des Entwurfs)

Nach dem Referentenentwurf soll der Straftatbestand des § 238 Abs. 1 StGB von einem Erfolgs- in ein Eignungsdelikt bzw. potentiell Gefährdungsdelikt umgewandelt werden. Auf den tatsächlichen Erfolgseintritt in Gestalt einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung käme es dann nicht mehr an. Es würde schon ausreichen, dass die vom Täter beharrlich vorgenommene Tathandlung objektiv dazu geeignet ist, bei dem konkret Betroffenen eine solche Beeinträchtigung herbeizuführen. Als Ausgleich – und um insbesondere nicht in Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG zu geraten – soll zugleich die Handlungsvariante des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB (bisherige Generalklausel) gestrichen werden.

Das mit dem Gesetzentwurf verfolgte Anliegen stellt sich, sofern damit eine strafrechtliche Interventionsmöglichkeit auch für Vergleiche im Gewaltschutzverfahren geschaffen wird, als nachvollziehbar dar. Die vorgeschlagenen Änderungen des § 238 Abs. 1 StGB dienen dem – als Begründung herangezogenen – Opferschutz wegen der reaktiven Ausgestaltung eines Strafverfahrens hingegen nur eingeschränkt. Bestehende Probleme des Tatbestands würden mit der Neufassung lediglich verschärft und zusätzlich neue Probleme aufgeworfen:

a. Verschärfung des Strafrechts als *ultima ratio*

Durch die vorgeschlagene Umwandlung des § 238 Abs. 1 StGB in ein Eignungs- bzw. potentiell Gefährdungsdelikt würde der Anwendungsbereich der Strafvorschrift erheblich erweitert. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Gesetzesänderung stellt sich zunächst die Frage, ob gerade eine Verschärfung des Strafrechts im Kampf gegen „Stalking“ notwendig ist. Da eine solche *ultima ratio* sein muss, wäre zuvor zu prüfen, ob nicht andere zur Verfügung stehende Mittel – insbesondere zivil- oder polizeirechtliche Abwehrmaßnahmen – zum hinreichenden Schutz der Betroffenen ausgeweitet werden können.¹ Erst wenn dies verneint würde, käme eine Verschärfung des Strafrechts in Betracht. Hierzu fehlen im Gesetzesentwurf (vgl. S. 9) leider jegliche Ausführungen.

b. Konflikt mit Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG

Schon die aktuelle Gestaltung des § 238 Abs. 1 StGB ist – insbesondere wegen ihrer Nummer 5 (Generalklausel), aber auch aufgrund der Kombination zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe („beharrlich“, „schwerwiegend“, „Lebensgestaltung“) – verfassungsrechtlich nicht unumstritten.² Der Konflikt mit dem sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden Bestimmtheitsgebot wird durch die Umwandlung in ein Eignungs- bzw. potentiell Gefährdungsdelikt nochmals verschärft.³ Letzteres kann durch die vorgesehene Streichung der auch vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz als problematisch angesehenen § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB nur begrenzt abgemildert werden – zumal diesem Auffangtatbestand bislang ohnehin keine praktische Bedeutung zukommt⁴.

Durch die vorgeschlagene Formulierung „geeignet ist, deren Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen“, werden nämlich nicht nur die bereits vorhandenen unbestimmten Rechtsbegriffe beibehalten, sondern auch noch in die Prüfung einer sog. „objektiven

¹ Ebenso Köhne, ZRP 2014, 141 (142); Bachmann, NJ 2014, 401 (408); siehe auch Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (487).

² Siehe nur Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (485 f.); Eiden ZIS 2008, 123, 126 f. m.w.N.

³ Ebenso Neue Richtervereinigung/Müller, Stellungnahme zum Referentenentwurf v. 20.04.2016, Fachgruppe Strafrecht.

⁴ Siehe nur Schöch, NSTZ 2013, 221 (222).

Geeignetheit“ zur Erfolgsherbeiführung verlagert. Zwar verweist der Referentenentwurf darauf, dass gleichwohl ein „objektivierbare(r) Maßstab“ gelte (§. 1) bzw. ein „objektivierender Beurteilungsmaßstab“ erhalten bleibe (§. 11). Belegt werden diese Aussagen nicht.⁵

Zudem ist zu beachten, dass es nach dem Wortlaut nicht auf eine objektive oder allgemeine Eignung ankommt, sondern eine Betrachtung der konkret betroffenen Person entscheidend ist. Die Tathandlungen müssen geeignet sein, gerade „deren Lebensgestaltung“ schwerwiegend zu beeinträchtigen, was die Vorhersehbarkeit noch einmal erschwert. Dabei darf nicht aus dem Blick geraten, dass jenes Tatbestandsmerkmal auf subjektiver Seite auch vom Vorsatz des Täters erfasst sein muss. Insgesamt wird der Tatbestand damit durch ein weiteres, ausgesprochen vages Element ergänzt und hierdurch noch unbestimmter als er es bislang schon ist.

c. Nachweis der potentiellen Eignung / erhöhte Missbrauchsgefahr

Weiterhin stellt sich die Frage, wie das problematische Tatbestandsmerkmal der „Geeignetheit“ in der Praxis nachgewiesen werden soll.⁶ Zweifelsfrei liegt es vor, wenn es tatsächlich zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung gekommen ist, da sich die potentielle Eignung dann in dem Erfolg manifestiert hat.

Unklar ist hingegen, wie mit Fällen umzugehen ist, in denen jener Erfolg gerade ausgeblieben ist. Muss das konkrete Opfer dann befragt werden, ob es beispielsweise über einen Wohnort- oder Arbeitsplatzwechsel nachgedacht hat?⁷ Wenn ja, wie ernsthaft und konkret müssen ggf. vorliegende Pläne gewesen sein? Und wenn ein Wohnort- oder Arbeitsplatzwechsel aus familiären, sozialen, finanziellen oder anderen Gründen von vornherein ausscheidet, müsste dann die Frage gestellt werden, ob das Opfer für den hypothetischen Fall, dass jene Hindernisse nicht gegeben wären, jene Maßnahmen ernsthaft und konkret in Erwägung hätte? Die Strafbarkeit nach § 238 Abs. 1 StGB würde damit entgegen den Ausführungen im Referentenentwurf (vgl. S. 11) weiter-

⁵ Krit. hierzu bereits Neue Richtervereinigung/Müller (Fn. 3).

⁶ Zu diesem Problemfeld bereits Deutscher Richterbund/Titz, Stellungnahme zum Referentenentwurf v. April 2016 (Nr. 6/2016), S. 2 f.

⁷ Ebenso Deutscher Richterbund/Titz (Fn. 6), S. 3.

hin vom konkreten Opfer und seiner psychischer Konstitution (Widerstandsfähigkeit, Selbstbewusstsein etc.) abhängen.

Jene eingeschränkten Nachweismöglichkeiten, die sich praktisch wohl in Befragungen des Opfers erschöpfen, dürften auch Falschbelastungen deutlich erleichtern. Die Gefahr eines Missbrauchs des Tatbestands – die gerade in gescheiterten sozialen Beziehungen nicht von der Hand zu weisen ist – wird erheblich gesteigert, wenn seine Verwirklichung derart allein von Aussagen des Betroffenen abhängt.

2. Änderungen des § 374 Abs. 1 Nr. 5 StPO (Artikel 2 des Entwurfs)

Der Referentenentwurf sieht vor, dass Taten gemäß § 238 StGB aus dem Katalog der Privatklagedelikte in § 374 Abs. 1 StPO gestrichen werden. Eine Einstellung von entsprechenden Verfahren nach § 170 Abs. 2 bzw. § 376 StPO soll dadurch ausgeschlossen werden. Das damit verfolgte Ziel ist, die Belastungen für Opfer von Nachstellungen zu reduzieren. Es sei dem Opfer einer Nachstellung nicht zumutbar, selbst ein Verfahren gegen den Täter anstrengen zu müssen.

Die vorgeschlagene Gesetzesänderung ist sowohl hinsichtlich ihrer Begründung als auch der Möglichkeit der Zielerreichung zweifelhaft:

a. Vergleich zu Taten gemäß § 374 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 5 Alt. 2 StPO

Zunächst stellt sich die Frage, warum es dem Opfer einer Nachstellung nicht zumutbar sein soll, selbst ein Verfahren gegen den Täter anzustrengen, während dies bei Opfern von Körperverletzungen nach § 223 Abs. 1 StGB oder Bedrohungen nach § 241 StGB nicht der Fall ist, vgl. § 374 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 5 Alt. 2 StPO. Auch Opfer von (wiederholten) Körperverletzungen oder Bedrohungen werden in aller Regel keinen Kontakt zum Täter haben wollen. Zudem müssen jene Opfer gleichfalls das allgemeine Kostenrisiko bei einer Privatklage tragen, vgl. §§ 379, 471 StPO, da es sich hierbei um allgemeine „Hürden“ der Privatklage handelt.

Ein Grund dafür, das Nachstellen prozessual anders als die aufgezeigten Delikte zu behandeln, ist nicht ersichtlich.⁸ Hat die Staatsanwaltschaft das öffentliche Interesse i.S.v. § 376 StPO ermessensfehlerfrei verneint und will das Opfer gleichwohl eine Sanktionierung erreichen,

⁸ Ebenso Neue Richtervereinigung/Müller (Fn. 3).

dann muss es zur Verwirklichung seiner Rechte – wie auch in den anderen Fällen des § 374 Abs. 1 StPO – selbst tätig werden. Die Privatklage ist in diesem Fall der prozessual zu beschreitende und auch zumutbare Weg.

b. Verstärktes Vorgehen nach §§ 153 ff. StPO zu befürchten

Die Streichung des § 238 StGB aus dem Katalog der Privatklagedelikte wird erwartungsgemäß nicht dazu führen, dass die Ermittlungstätigkeit bei solchen Taten, die sich im unteren Bereich der Strafbarkeit bewegen, verstärkt wird. Stattdessen ist zu erwarten, dass die Staatsanwaltschaften – nicht zuletzt aufgrund der dünnen Personaldecke – in einschlägigen Fällen schlicht vermehrt von Opportunitätseinstellungen nach §§ 153 ff. StPO Gebrauch machen werden.⁹ Für das Opfer bedeutet dies, dass es nach einer solchen Einstellung nicht mehr selbst entscheiden kann, ob es die strafrechtliche Ahndung des Täters weiterbetreiben will, denn ein Klageerzwingungsverfahren scheidet in den Fällen der §§ 153 ff. StPO aus. Dann verbliebe dem verfolgungswilligen Betroffenen nur noch die in aller Regel fruchtlose allgemeine Dienstaufsichtsbeschwerde.¹⁰ Aus diesen Gründen ist zu befürchten, dass die vorgeschlagene Gesetzesänderung den Opferschutz nicht verstärkt, sondern sogar schwächt, weil dem Opfer die Entscheidungsfreiheit über die eigenständige Verfolgung entzogen wird.

3. Einführung eines § 214a FamFG und Änderung des § 4 GewSchG (Artikel 3 und 4 des Entwurfs)

Schließlich beinhaltet der Referentenentwurf eine Änderung des § 4 GewSchG, wonach der Straftatbestand auch auf Verstöße gegen gerichtlich bestätigte Schutzmaßnahmen aus Vergleichen ausgeweitet wird. Die vorgesehene gerichtliche Bestätigung soll in § 214a FamFG normiert werden.

Diese Gesetzesänderung ist zu begrüßen:

a. Vorhandene Schutzlücke und Gleichlauf mit Zuwiderhandlungen gegen gerichtliche Anordnungen

⁹ Ebenso Deutscher Richterbund/*Titz* (Fn. 6), S. 4; nach Neue Richtervereinigung/*Müller* (Fn. 3) sei die Einstellungsmöglichkeit gemäß §§ 170 Abs. 2, 376 StPO aufgrund unzureichender Personalausstattung sogar unerlässlich.

¹⁰ Krit. hierzu bereits Deutscher Richterbund/*Titz* (Fn. 6), S. 4.

Sofern ein Verfahren in Gewaltschutzsachen nicht durch eine gerichtliche Anordnung, sondern durch einen Vergleich endet, ist die im Referentenentwurf aufgezeigte „Schutzlücke“ nachvollziehbar.

Die Strafvorschrift des § 4 GewSchG erfasst bislang ausschließlich Zuwiderhandlungen gegen vollstreckbare gerichtliche Anordnungen, nicht aber Zuwiderhandlungen gegen Verpflichtungen aus stattdessen geschlossenen Vergleichen. Dies ist unbillig und kann Betroffene sogar davon abhalten, einen Vergleich zu schließen, obgleich ein solcher – auch jetzt schon – in gewissen Fällen ratsam ist.¹¹ Nach der Gesetzesänderung könnten die angesprochenen Verstöße dagegen sofort sanktioniert werden, sodass diese Regelung tatsächlich dem Opferschutz dient.

Die zur Strafbarkeit vom Referentenentwurf zugleich vorausgesetzte gerichtliche Bestätigung ist notwendig, da die Parteien ansonsten frei darüber disponieren könnten, welche Zuwiderhandlungen gegen den Vergleich mit Strafe bewehrt wären. Da der Umfang der gerichtlichen Bestätigung nach dem vorgeschlagenen § 214a S. 1 FamFG-E auf solche Maßnahmen beschränkt ist, die das Gericht nach § 1 Abs. 1 S. 1 oder 3 GewSchG bzw. nach § 1 Abs. 2 S. 1 GewSchG selbst hätte anordnen können, ist auch ein Gleichlauf der Strafbarkeiten wegen Zuwiderhandlungen gegen gerichtliche Anordnungen und gegen gerichtlich bestätigte Verpflichtungen aus Vergleichen gegeben, der im Ergebnis auch sachgerecht ist.

b. Praktisches Bedürfnis

Dieser Gleichlauf führt auch nicht dazu, dass das praktische Bedürfnis für eine gerichtliche Bestätigung per se entfällt, weil das Opfer bei Vorliegen der Voraussetzungen direkt auf eine gerichtliche Anordnung verwiesen werden könnte.¹² Eine solche Annahme lässt außer Acht, dass ein entsprechender Vergleich nicht allein aus gerichtlich bestätigungsfähigen Verpflichtungen besteht, sondern regelmäßig auch „sonstige“ Verpflichtungen aufweist, die miteinander im Zusammenhang stehen und eine Regelungseinheit bilden. Mit einer gerichtlichen Anordnung könnten zwar die gerichtlich zu bestätigenden Verpflichtungen gleichermaßen erzielt werden. Für die „sonstigen“ Verpflichtungen wäre dagegen eine isolierte Vereinbarung erforderlich. Dass

¹¹ Vgl. hierzu von Pechstaedt, NJW 2007, 1233 (1236).

¹² Anders Deutscher Richterbund/Titz (Fn. 6), S. 5.

eine solche aber neben einer bereits durchgesetzten gerichtlichen Anordnung zustande kommt, ist zu bezweifeln.

Bei einem Vergleich können die „sonstigen“ Verpflichtungen direkt einbezogen werden und unter Umständen erst den notwendigen Ausgleich zwischen den Parteien ermöglichen. Aus diesem Grund ist das praktische Bedürfnis für die gerichtliche Bestätigung entsprechender Verpflichtungen des Vergleichs nachvollziehbar, auch wenn jene Verpflichtungen ebenfalls im Wege einer gerichtlichen Anordnung erfolgen könnten.

Mainz, d. 6. Mai 2016