

Schriften zum Strafrecht

Band 413

Der Einsatz von Öffnungsklauseln im Strafrecht

Eine verfassungsrechtliche Analyse

Von

Lena Gumnior



Duncker & Humblot · Berlin

LENA GUMNIOR

Der Einsatz von Öffnungsklauseln im Strafrecht

Schriften zum Strafrecht

Band 413

Der Einsatz von Öffnungsklauseln im Strafrecht

Eine verfassungsrechtliche Analyse

Von

Lena Gumnior



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)
hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-18847-5 (Print)
ISBN 978-3-428-58847-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Stiftung Europa Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Christian Becker, an dessen Lehrstuhl ich während des Verfassens dieser Arbeit mein Wissen im Strafrecht anwenden und vertiefen konnte. Herr Professor Dr. Christian Becker begleitete meine Arbeit und meine Forschung mit großer Ruhe und stets mit kritischem und konstruktivem Blick und trug durch die intensive Betreuung und bereichernde Diskussionen maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit bei. Weiterhin danke ich herzlich Herrn Professor Dr. Kilian Wegner für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zudem bedanke ich mich beim Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie, insbesondere bei Frau Susen Pönitzsch, die mich mit offenen Armen empfangen und jederzeit im Lehrbetrieb und bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt hat.

Zum Gelingen dieser Arbeit hat ferner Nils-Hendrik Grohmann beigetragen, der immer für ergiebige Diskussionen zur Verfügung stand und mir jederzeit aufmunternd zur Seite stand. Ihm gilt ein besonderer Dank.

Außerdem bedanke ich mich bei meiner Familie, meinen Freund*innen und meinem Partner, die mir insbesondere beim Abschluss dieser Arbeit zur Seite standen. Ein besonderer Dank gebührt meiner Mutter, ohne die ich nicht den Mut gehabt hätte, mich dieses Projektes anzunehmen, und die die Fertigstellung dieser Arbeit in besonderem Maße vorangetrieben hat. Ich danke meinen Eltern für die Unterstützung und die nie endende Zuversicht in meinen Werdegang.

Ich widme diese Arbeit meinem Großvater in liebevoller Erinnerung, der den Abschluss dieser Arbeit leider nicht mehr erlebt hat.

Berlin, im Winter 2022

Lena Gumnior

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Begriffsbestimmung	17
I. Definition Öffnungsklausel	17
II. Abgrenzung von Öffnungsklauseln zu Generalklauseln	19
C. Legitimität der Begründungsansätze zum Einsatz von Öffnungsklauseln ..	22
I. Mit Öffnungsklauseln verfolgte Ziele	22
1. Schließung von Strafbarkeitslücken	24
a) Vermeidung von Gesetzesumgehungen	25
aa) Gesetzesumgehung im Strafrecht	26
bb) Öffnungsklauseln als verschleierte Umgehungsgesetze	28
b) Schaffung von Flexibilität in Bezug auf die Rechtsprechung	30
aa) Verengter Entscheidungsspielraum der Judikative im Strafrecht	31
bb) Erweiterung des Entscheidungsspielraums durch Öffnungs-	
klauseln	32
c) Opferschutz und Wahrung von Opferinteressen	34
2. Schaffung absoluter Gerechtigkeit	35
II. Tragfähigkeit der gewählten Begründungsansätze	36
1. Schließung von Strafbarkeitslücken	37
a) Schließung von Strafbarkeitslücken und der fragmentarische Cha-	
rakter des Strafrechts im Allgemeinen	37
b) Strafbarkeitslücken und Wirksamkeit des Strafrechts im Allgemei-	
nen	40
aa) Generelle Wirksamkeit von Strafrecht	41
(1) Empirische Befunde zur Spezialprävention	43
(2) Empirische Befunde zur Generalprävention	44
bb) Verlust der Wirksamkeit durch den Einsatz von Öffnungs-	
klauseln	46
cc) Zwischenergebnis	47
c) Vermeidung von Gesetzesumgehungen	47
d) Schaffung von Flexibilität als Begründungsansatz	48
e) Schließung von Strafbarkeitslücken zur Förderung des Opferschutz-	
zes	50
aa) Begriff des Opfers	51
bb) Opferinteressen	52

(1) Interessen des potenziellen Tatopfers	52
(2) Interessen tatsächlicher Tatopfer	53
cc) Zwischenergebnis	54
2. Schaffung absoluter Gerechtigkeit als Begründungsansatz	55
a) Begriffsbestimmung „Gerechtigkeit“	55
aa) Politische und soziale Gerechtigkeit	56
bb) Gerechtigkeitsverständnis des Gesetzgebers	56
b) Möglichkeit der Schaffung absoluter Gerechtigkeit	58
c) Gerechtigkeit als Argumentationstopos	60
d) Zwischenergebnis	61
III. Zwischenergebnis	61
D. Verfassungsgemäßheit von Öffnungsklauseln	63
I. Historische Entwicklung des Gesetzlichkeitsprinzips	64
1. Entscheidung für das geschriebene Recht und daraus resultierende Konsequenzen	65
2. Historische Entwicklung bis zur Kodifikation im Grundgesetz	66
3. Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 2 GG	70
II. Heutiger Sinn und Zweck des Gesetzlichkeitsprinzips	71
1. Verfassungsrechtliche Herleitung des Gesetzlichkeitsprinzips	72
2. Tatsächliche Bedeutung des Gesetzlichkeitsprinzips	75
III. Zwischenergebnis	78
IV. Vereinbarkeit von Öffnungsklauseln mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	79
1. Begriff „Bestimmtheit“	80
a) Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgrundsatzes	84
aa) Schutz der Bürger*innen vor willkürlichen Entscheidungen	86
bb) Sicherung des Grundsatzes der Gewaltenteilung	88
b) Sprachliche Grenzen der Gesetzesbestimmtheit	90
c) Handhabung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch die Gerichte	94
aa) Präzisierung durch das BVerfG	96
(1) Gefestigte Rechtsprechung	98
(2) Präzisierungsgebot	99
(3) Anforderungen abhängig von Schwere des Eingriffs	100
bb) Kritische Würdigung	101
(1) Abhängigkeit von Schwere der Straftat	101
(2) Präzisierung durch die Gerichte	103
(3) Rechtsfolgen der Rechtsprechung des Bundesverfassungs- gerichts	107
(4) Praktikabilität der Auslegung durch die Gerichte	108
cc) Zwischenergebnis	110
d) Zwischenergebnis	111

2. Konsequenzen für Öffnungsklauseln im Strafrecht	111
3. Gesamtergebnis	118
V. Vereinbarkeit von Öffnungsklauseln mit dem Analogieverbot	120
1. Analogien im Strafrecht	120
a) Verbot entsprechender Rechtsanwendung	121
b) Adressat des Analogieverbotes	122
c) Sinn und Zweck des Analogieverbotes	123
d) Keine eingeschränkte Geltung bei unbewussten Lücken	124
2. Abgrenzung von Auslegung und Analogie	125
a) Abgrenzung anhand der Ratio des Gesetzes	126
b) Abgrenzung anhand des Wortlautes des Gesetzes	129
c) Handhabung des Analogieverbotes durch die Gerichte	135
d) Konsequenzen für den Einsatz von Öffnungsklauseln	138
3. Analogieverbot als Handlungsanweisung an den Gesetzgeber	139
a) Analogieverbot ausschließlich Handlungsanweisung an Judikative ..	139
b) Analogieverbot auch als Handlungsanweisung an Legislative	140
4. Öffnungsklauseln als innertatbestandliche Analogien und Umgehungs-	
gesetze	142
a) Vereinbarkeit einer innertatbestandlichen Analogie mit dem Analo-	
gieverbot	143
b) Konsequenz für den Einsatz von Öffnungsklauseln im Strafrecht ..	148
5. Gesamtergebnis	150
VI. Vereinbarkeit von Öffnungsklauseln mit dem Rückwirkungsverbot	152
1. Sinn und Zweck des Rückwirkungsverbotes	152
2. Adressat*innen des Rückwirkungsverbotes	154
3. Geltung des Rückwirkungsverbots für die Rechtsprechung	155
a) Direkte Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG	156
b) Analoge Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG	157
aa) Planwidrige Regelungslücke	157
(1) Hinreichende Regelung über § 17 StGB	158
(2) Planwidrigkeit	160
bb) Vergleichbare Interessenlage	161
(1) Vergleichbarkeit aufgrund Überschneidung der Kompetenzz-	
bereiche	161
(2) Unvergleichbarkeit der legislativen und der judikativen	
Tätigkeit	164
(3) Rechtsprechung zu rückwirkenden Rechtsprechungsände-	
rungen	167
(4) Stellungnahme zur analogen Anwendung des Art. 103	
Abs. 2 GG	168

c)	Übertragbarkeit der für die Rechtsprechung geltenden Grundsätze auf Öffnungsklauseln	171
d)	Rechtsfolge der Anwendung des Rückwirkungsverbot auf die Rechtsprechung: Übertragung der „von-nun-an“-Theorie auf die Anwendbarkeit von Öffnungsklauseln im Strafrecht	173
aa)	Allgemeines zur „von-nun-an“-Rechtsprechung	174
bb)	Anwendung auf die erstmalige Verwendung von Öffnungsklauseln	178
4.	Gesamtergebnis	180
VII.	Vereinbarkeit mit dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts	182
1.	Ebenen des fragmentarischen Charakters	183
2.	Feststellung der strafwürdigen Verhaltensweisen	183
3.	Abgrenzung zur Subsidiarität des Strafrechts	185
4.	Verfassungsrechtliche Herleitung des fragmentarischen Charakters des Strafrechts	186
a)	Gesetzlichkeitsprinzip	186
b)	Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	187
c)	Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG	188
5.	Erforderlichkeit des fragmentarischen Charakters	189
a)	Fragmentarischer Charakter als Manko der Strafrechtsordnung	189
b)	Gerechtigkeit, Freiheitssicherung und Strafökonomie	190
6.	Fragmentarischer Charakter als Handlungsanweisung an die Legislative	192
7.	Vereinbarkeit des fragmentarischen Charakters mit Öffnungsklauseln	194
a)	Fragmentarität auch innerhalb einzelner Tatbestände	194
b)	Vereinbarkeit von Öffnungsklauseln mit dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts	195
8.	Gesamtergebnis	198
VIII.	Vereinbarkeit von Öffnungsklauseln mit dem Grundsatz der Gesetzesbindung und dem Grundsatz der Gewaltenteilung	198
1.	Historische Entwicklung des Grundsatzes der Gesetzesbindung	199
2.	Gesetzesbindung zwischen Wunsch und Wirklichkeit	203
a)	Gesetzesbindung und Grundsatz der Gewaltenteilung	204
b)	Gesetzesbindung und Demokratieprinzip	204
c)	Gesetzesbindung und Rechtsstaatsprinzip	205
d)	Verhältnis des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ zur Gesetzesbindung	206
e)	Bindung durch den Inhalt des Gesetzes oder an den Inhalt des Gesetzes	207
aa)	Können Normen eine Bindungswirkung entfalten?	208
(1)	Gesetzesbindung als Utopie	209
(2)	Gesetzesbindung durch Normtext und Anwendung	210
bb)	Konkretisierung der Gesetzesbindung	211

(1) Objektive Theorie	215
(2) Subjektive Theorie	216
(3) Gesetzesauslegung im Strafrecht	217
f) Zwischenergebnis	219
g) Durchbrechung des Grundsatzes der Gesetzesbindung	219
h) Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung im Strafrecht	221
aa) Begriff der richterlichen Rechtsfortbildung	221
bb) Vereinbarkeit von richterlicher Rechtsfortbildung mit dem Grundsatz der Gesetzesbindung	222
cc) Generalklauseln und richterliche Rechtsfortbildung im Straf- recht	224
i) Grundsatz der Gesetzesbindung als Auftrag an die Gesetzgebung ..	225
3. Gewaltenteilung als solche	226
a) Überschneidung der Aufgabenbereiche	226
b) Kernbereichslehre	229
4. Vereinbarkeit von Öffnungsklauseln mit dem Grundsatz der Gesetzes- bindung und dem Grundsatz der Gewaltenteilung	230
5. Gesamtergebnis	232
IX. Ergebnis der Vereinbarkeit von Öffnungsklauseln mit den dargelegten Grundsätzen	233
E. Konsequenz für Strafgesetze	236
F. Praktische Konsequenzen der Nichtanwendung von bestehenden Öffnungs- klauseln	239
I. § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB	239
II. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB	240
G. Gesamtergebnis	243
I. Begründungen zum Einsatz von Öffnungsklauseln	243
II. Verfassungsgemäßheit von Öffnungsklauseln	245
Literaturverzeichnis	248
Sachverzeichnis	285

A. Einleitung

Nach § 1 Gerichtsverfassungsgesetz (im folgenden GVG) und Art. 97 Abs. 1 Grundgesetz (im folgenden GG) sind Richter*innen nur dem Gesetz unterworfen. Handlungsanleitung für Richter*innen ist damit nur das, was sich durch Auslegung aus dem Gesetz ergibt. Dies hat erhebliche Konsequenzen für die Art und Weise, wie Strafgesetze geschaffen werden und geschaffen werden sollten. Dabei bewegt sich die Gesetzgebung in einem ständigen Spannungsfeld zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit.¹ Einzelfallgerechtigkeit kann im Zweifel aber nur durch entsprechende Entscheidungen der Fachgerichte erlangt werden, denen dafür ein gewisser Entscheidungsspielraum zugestanden werden muss. Ein solcher Entscheidungsspielraum geht aber mit gewissen Unsicherheitskoeffizienten und infolgedessen nicht ohne die Einschränkung der Rechtssicherheit einher.²

Um die Möglichkeiten der Gerichte zur Erreichung einer solchen Einzelfallgerechtigkeit zu erweitern, liegt der Schluss nahe, dass die Straftatbestände einen gewissen Entscheidungsspielraum enthalten sollten. Insbesondere der Einsatz sog. *Öffnungsklauseln*³ erlaubt es, Verhaltensweisen unter einen Straftatbestand zu subsumieren, die der Gesetzgeber bei der Gesetzgebung noch nicht klar umrissen hat und vielleicht auch nicht umreißen konnte.

Bei solchen *Öffnungsklauseln* bedient sich die Legislative einer besonderen Art der Gesetzgebung (siehe dazu unter B.I.). Zunächst wird enumerativ aufgezählt, durch welche konkreten Verhaltensweisen ein Straftatbestand erfüllt wird. Am Ende dieser Aufzählung hält sich der Gesetzgeber durch entsprechende Formulierungen offen, auch „andere vergleichbare Handlungen“ oder „ebenso gefährliche Eingriffe“ darunter zu fassen.⁴ Der Judikative wird durch diesen gesetzlich angeordneten Ähnlichkeitsschluss ermöglicht, auch weitere, nicht näher bezeichnete Handlungen unter den Tatbestand zu subsumieren. Es besteht also die Möglichkeit, Lücken zu füllen, die Tatbestände notwendigerweise hinterlassen, indem sie

¹ Vgl. dazu umfassend *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, S. 219 ff.

² *Lenckner*, JuS 1968, 304, 305.

³ Zum Einsatz des Begriffs der Öffnungsklausel s. *Sadtler*, Stalking – Nachstellung, S. 314, die stattdessen den Begriff der „Auffangklausel“ verwendet; *Karl*, Der Tatbestand der Nachstellung, S. 188 ff.; *Lackner/Kühl/Kühl*, § 238, 5; *MüKo-StGB/Gericke*, § 238 Rn. 34; *Gazeas*, JR 2007, 497, 501.

⁴ Vgl. § 238 Abs. 1 Nr. 8 n.F. StGB seit der Neufassung des Gesetzes, die am 01.10.2021 in Kraft getreten ist, zuvor befand sich die Öffnungsklausel in § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB a.F.; § 315 Abs. 1 Nr. 4 und § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB.

das strafbare Verhalten möglichst genau umschreiben. Dieses Merkmal ist nicht nur konstituierend für Öffnungsklauseln, gleichzeitig unterscheiden sich Öffnungsklauseln dadurch von klassischen Generalklauseln (siehe dazu unter B. II.).

Mit dem Einsatz von Öffnungsklauseln im Strafrecht werden unterschiedliche Interessen verfolgt (dazu unter C. I.). Die Hauptintention des Einsatzes solcher Öffnungsklauseln im Strafrecht ist es, die Möglichkeit zu schaffen, Einzelfälle im Zweifel unter den entsprechenden Tatbestand zu subsumieren, auch wenn diese nicht von den zuvor enumerativ aufgezählten Verhaltensweisen erfasst sind. Dieses Bedürfnis wird mit der Einzelfallgerechtigkeit begründet. Auch ist dieses Bestreben nach gerechten Lösungen im Einzelfall in Form einer möglichst offenen Strafgesetzgebung keine neue Erscheinung,⁵ sondern diese gab es bereits im Rahmen der Vorbereitung der deutschen Strafrechtsreform im Jahre 1905. Hier wurde vorgeschlagen, dem Tatbestand der Körperverletzung den Zusatz „[...] oder wenn eine Verletzung von gleicher Bedeutung eingetreten ist“ anzufügen.⁶

Gleichwohl hat der Einsatz von Öffnungsklauseln im Strafrecht nicht an Aktualität verloren. Zuletzt hat die um § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB geführte Diskussion bereits bei Schaffung der Norm als auch im Rahmen der Reformen des Gesetzes 2016 und 2021 die Diskussion um die Zulässigkeit von Öffnungsklauseln im Strafrecht wieder in Gang gebracht.⁷ Trotz erheblicher verfassungsrechtlicher

⁵ Wie vielleicht im Hinblick auf die Diskussionen um § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB gedacht werden könnte.

⁶ *Löffler*, in: *Verbrechen und Vergehen wider das Leben*, S. 159, 160.

⁷ Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren aus dem Jahre 2006: Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung Drucksache 16/585 v. 08.02.2006, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/16/005/1600575.pdf> [zuletzt abgerufen am 27.07.2021]; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses Drucksache 16/3641 v. 29.11.2006, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/16/036/1603641.pdf> [zuletzt abgerufen am 27.07.2021]; zur Diskussion im Rahmen der Reform 2016 vgl. Plenarprotokoll Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, 196. Sitzung, 20.10.2016, S. 19458, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btp/18/18196.pdf> [zuletzt abgerufen am 27.07.2021]; Referentenentwurf des Bundesministerium der Justiz Drucksache 18/994 v. 12.10.2016, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/18/099/1809946.pdf> [zuletzt abgerufen am 27.07.2021]; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) Drucksache 18/10654 v. 14.12.2016, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/18/106/1810654.pdf> [zuletzt abgerufen am 27.07.2021]; zur Reform der Norm 2021 vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, v. 15.02.2021, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Cyberstalking.html;jsessionid=04777432DF8BE6C886B2A087B26B99AE.2_cid324?nn=6704238 [zuletzt abgerufen am 27.07.2021], wonach der Tatbestand des § 238 Abs. 1 um eine Handlungsalternative erweitert werden soll und schließlich auch erweitert wurde, obgleich die in Frage stehende Verhaltensweise als von § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB erfasst angesehen wird; kritisch zu einer Ausweitung des Tatbestandes im Hinblick auf die existierende Öffnungsklausel, vgl. auch Evaluierungsbericht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Neufassung des § 238 Strafgesetzbuch, v. 14.12.2020, Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz, S. 2/4, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Evaluierung_238StGB.pdf?__blob=publicationFile&v=1 [zuletzt abgerufen am 27.07.2021].

Bedenken über die Zulässigkeit der Öffnungsklausel wurde § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB (bzw. § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB a.F.) in das Gesetz aufgenommen und bisher nicht gestrichen, obwohl diese Tatbestandsvariante in der Rechtsanwendung quasi keine Rolle spielt.⁸

Öffnungsklauseln haben durch ihre Verfasstheit aber erhebliche Auswirkungen auf das Verhältnis der Aufgabenverteilung von Legislative und Judikative.⁹ Die klare Aufgabenteilung von der Fassung abstrakt-genereller Regelungen als Tätigkeitsfeld der Legislative und der Anwendung der Normen auf den konkreten Einzelfall durch die Judikative droht unterlaufen zu werden, wenn der Gesetzgeber eine solche vorgelagerte Entscheidung nicht mehr trifft, sondern stattdessen die Möglichkeit eines Ähnlichkeitsschlusses anordnet. Durch diesen für Öffnungsklauseln konstituierenden Ähnlichkeitsschluss unterscheiden sich auch Generalklauseln von Öffnungsklauseln.¹⁰

Eine solche Art der Gesetzgebung sieht sich aufgrund der fehlenden abschließenden Entscheidung über das strafbare Verhalten und der Aufgabenverlagerung mit dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit konfrontiert.¹¹ Es stellt sich bei solchen Klauseln unweigerlich die Frage, wer im Ergebnis eigentlich das Recht schafft; die Richter*innen oder der Gesetzgeber. Es besteht die Befürchtung, dass der Gesetzgeber eine ihm übertragene Aufgabe¹², nämlich die der Gesetzgebung und die damit verbundene Bestimmung, welche Verhaltensweisen strafbar sind, auf die Gerichte auslagert und auf diese Weise gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung und den Grundsatz der Gesetzesbindung verstößt.¹³

Bisherige Monografien und Beiträge zu diesem Thema beleuchten den Einsatz konkreter Öffnungsklauseln, wie § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB und § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB, behandeln dort aber nur Teilaspekte der Verfassungsmäßigkeit.¹⁴

⁸ So gibt es, soweit ersichtlich, nur eine Entscheidung des LG Potsdam, die auf § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB Bezug nimmt: LG Potsdam, Beschl. v. 15.09.2010 – 24 Qs 94/10.

⁹ Zur Aufgabenteilung von Legislative und Judikative vgl. *Noll*, JZ 1963, 297; vgl. auch *G. Hirsch*, ZRP 2006, 161.

¹⁰ Siehe dazu Kap. B. II. dieser Arbeit.

¹¹ Dabei ist die Diskussion um die Verfassungsgemäßheit von Öffnungsklauseln nicht neu, sondern wurde bereits 1927 geführt, vgl. *Große Strafrechtskommission*, Besonderer Teil, 91.–103. Sitzung, 1959, S. 320; zur Notwendigkeit klarer Normen vgl. bereits *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, S. 251.

¹² *Maunz/Dürig/Grzeszick*, Art. 20 II. Rn. 135; *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts, S. 77.

¹³ Was wiederum zu einer erheblichen Politisierung der Entscheidungen führen kann, vgl. *Vorländer*, APuZ 35–36, 2011, 15 ff.

¹⁴ Sieh dazu z.B. *Gazeas*, JR 2007, 497; *Krüger*, Stalking als Straftatbestand, 2007; *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029; *S. Peters*, NStZ 2009, 238; *Seiler*, Analyse und Auslegung des Nachstellungstatbestandes, 2010; *Fabricius*, GA 1994, 164; zum Teil werden auch nur Einzelaspekte einer möglichen Verfassungswidrigkeit untersucht, wie z. B. die Vereinbarkeit mit den Analogieverbot, vgl. *Eschelbach/Krehl*, in: FS-Kargl, S. 81, 86; *Obermann*, Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr, 2005, der lediglich die Verein-