

## Stellungnahmen zu Gesetzentwürfen

### Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung (§ 238 StGB)

*Prof. Dr. Michael Kubiciel/Nadine Borutta\**

#### Abstract

*Der Beitrag zeigt, dass § 238 StGB keinen Fremdkörper im Strafrechtssystem darstellt, sondern das Zentrum des strafrechtlichen Freiheitsschutzes bildet. Die Verbote der Freiheitsberaubung und Nötigung schützen lediglich Voraussetzungen dessen, was § 238 StGB unmittelbar zu garantieren beabsichtigt: das Recht auf autonome Führung des eigenen Privatlebens. Letzteres ist für eine moderne Gesellschaft, welche auf individuelle Selbstentfaltung gepolt ist, von schlechterdings fundamentaler Bedeutung. Demzufolge ist es angemessen, dieses Recht der Person gegen erhebliche, sozial inadäquate Beeinträchtigungen durch Dritte abzusichern. Mit der bisherigen Fassung des Tatbestandes konnte dies nur eingeschränkt gelingen. Die von der Bundesregierung beschlossene Reform wird zwar für Verbesserungen sorgen, fällt aber an einer entscheidenden Stelle hinter den status quo zurück.*

#### I. Strafgrund und kriminalpolitisches Ziel

Seit dem Jahr 2007 droht der Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) demjenigen, der einem anderen beharrlich nachstellt und dadurch dessen Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, eine Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren an. Der Tatbestand war von Anfang an heftig umstritten, wobei sich die Argumente teils widersprachen: Während viele die überschießende Punitivität des Tatbestandes kritisierten, erkannten andere hellsichtig, dass der Tatbestand in dieser Fassung vorwiegend symbolische Bedeutung habe; wieder andere rieten gänzlich von einer Kriminalisierung ab.<sup>1</sup> Das „Fremdeln“ der Strafrechtswissenschaft mit dem Tatbestand mag auch daran liegen, dass der Begriff der Nachstellung aus einem ganz anderen Zusammenhang übernommen worden ist: der Jagdwilderei (§ 292 StGB).<sup>2</sup> Dort werden unter Nachstellung alle Handlungen verstanden, „die mit Jagdwillen des Täters unmittelbar auf das Fangen, Erlegen oder Zueignen des Wildes gerichtet sind“<sup>3</sup>. Auf die Interaktion zwischen Menschen scheint dies kaum übertragbar. Und doch verfolgt der § 238 StGB ein legitimes Ziel. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die Opfer von Stalking vor Ein-

griffen in ihre Handlungs- und Entschließungsfreiheit sowie in ihren persönlichen Lebensbereich geschützt werden.<sup>4</sup> Deutlicher wird die Schutzrichtung, wenn man die tatsächlichen Folgen des Stalkings betrachtet, welche der Tatbestand abwenden helfen will: Die Opfer, Frauen zu meist, nehmen Telefonanrufe nicht mehr entgegen, verdunkeln ihre Wohnungen, meiden bestimmte Orte, trauen sich nicht mehr alleine auf die Straße, gelegentlich wechseln sie den Wohnort, kurz: werden daran gehindert, ihr Leben zu führen. Dabei kennzeichnet den Menschen als „nicht festgelegtes“ Wesen, dass er die Fähigkeit (und die Bürde) hat, sein Leben zu leben.<sup>5</sup> Gerade für eine moderne, am Individuum maßnehmende Gesellschaft ist das Recht des Einzelnen, sein Leben autonom zu führen, von fundamentaler Bedeutung. Schützen die Verbote der Freiheitsberaubung und Nötigung lediglich Bedingungen der Möglichkeit einer autonomen Lebensführung (Fortbewegungs- und Willensentschließungsfreiheit), schirmt § 238 StGB das Recht auf autonome Führung des eigenen Privatlebens unmittelbar gegen erhebliche, sozial inadäquate Beeinträchtigungen durch Dritte ab. Für ein Strafrecht, das die Freiheit des Einzelnen sichern und ermöglichen soll, ist dies nicht nur eine zulässige, sondern eine geradezu selbstverständliche Aufgabe.

Während sich die Zielsetzung des Tatbestandes nicht kritisieren lässt, ist seine Ausgestaltung missglückt. Die in ihn gesetzte Erwartung, den Opferschutz zu verbessern,<sup>6</sup> vermochte er bislang nicht zu erfüllen. Die Zahlen von Strafanzeigen und Verurteilungen klaffen weit auseinander: Im Jahr 2013 wurden von rund 20.000 Tatverdächtigen lediglich rund 200 verurteilt.<sup>7</sup> Dabei ist das Handlungsunrecht weit gefasst. Als Nachstellen definiert der Tatbestand u.a. das Aufsuchen der räumlichen Nähe, den Versuch, mit Telekommunikationsmitteln Kontakt herzustellen, die Bestellung von Waren unter missbräuchlicher Verwendung personenbezogener Daten sowie die Bedrohung der körperlichen Unversehrtheit. Zudem enthält die Vorschrift eine Auffangvariante, welche die Vornahme einer „vergleichbaren Handlung“ kriminalisiert (§ 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB).

\* Prof. Dr. Michael Kubiciel, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung, Universität zu Köln; Nadine Borutta, wissenschaftliche Mitarbeiterin, ebd. – Der Beitrag beruht auf einer in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Stellungnahme des Erstautors (jurisPR-StrafR 8/2016), geht aber inhaltlich über diese hinaus.

<sup>1</sup> Albrecht, FPR 2006, 204 (208); Kinzig, ZRP 2006, 255 (257 f.); Eiden, ZIS 2008, 123 (126).

<sup>2</sup> Auch der Begriff des Stalkings ist ein ursprünglich weidmännischer, s. Eiden, ZIS 2008, 123.

<sup>3</sup> Zeng, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 292 Rn. 27.

<sup>4</sup> BT-Drs. 16/575, S. 6.

<sup>5</sup> Grundlegend Gehlen, Der Mensch, 1972, S. 16.

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

<sup>7</sup> Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes vor Nachstellungen, S. 7; Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellung, S. 8. Beide finden sich auf der Homepage des BMJV, s. <https://www.bmjbv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Stalking.html> (zuletzt abgerufen: 07.09.2016).

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat überdies die Anforderungen an den Tatnachweis gesenkt. So stellte der *BGH* im Jahr 2009 klar, dass kein Kausalzusammenhang zwischen einer konkreten Tathandlung und dem Taterfolg der Veränderung der Lebensgestaltung nachgewiesen werden muss.<sup>8</sup> Dass der Tatbestand keine praktische Wirksamkeit entfaltet hat, kann folglich nicht an der Beschreibung des Handlungsunrechts liegen. Vielmehr hat die Misere ihren Grund darin, dass der Tatbestand – anders als im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagen worden war<sup>9</sup> – nicht als Gefährdungs-, sondern als Erfolgsdelikt ausgestaltet worden ist.<sup>10</sup> Die beharrliche Nachstellung muss sich beim Opfer in einer objektivierbaren, schwer wiegenden Beeinträchtigung der Lebensführung niederschlagen.<sup>11</sup> Eben diese lässt sich in vielen Fällen nicht feststellen. Denn eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung setzt eine erhebliche Änderung der äußeren Lebensumstände voraus, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Modifikationen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgeht.<sup>12</sup> Nicht ausreichend sind nach Auffassung des *BGH* „weniger gewichtige Maßnahmen der Eigenvorsorge, wie beispielsweise die Benutzung eines Anrufbeantworters und die Einrichtung einer so genannten Fangschaltung zum Zwecke der Beweissicherung.“ Verlässt das Opfer seine Wohnung hingegen ausschließlich, wenn es von Dritten begleitet wird, findet ein Umzug oder Arbeitsplatzwechsel statt oder werden die Fenster der Wohnung dauerhaft verdunkelt, sind dies weitergehende Schutzvorrichtungen, die als schwerwiegend anzusehen sind.<sup>13</sup>

Die Strafbarkeit des Stalkers hängt damit letztlich von seinem Opfer ab. Beugt es sich dem Druck, ist die Strafbarkeitsgrenze überschritten; hält es – auch unter größten psychischen Belastungen – stand, handelt der Stalker straffrei. Diese Konsequenz ist normativ unausgewogen, weil die Zuständigkeit für die Folgen der Tathandlung auf das Opfer geschoben wird, das für die Situation gerade nicht verantwortlich ist. Zudem geht die bisherige Regelung an der Lebenswirklichkeit vorbei. Die allerwenigsten Opfer von Nachstellungen können es sich (finanziell) leisten, dem Arbeitsplatz fern zu bleiben, die Wohnung nicht mehr zu verlassen oder den Wohnsitz zu verlegen. Dies gilt vor allem für alleinerziehende Frauen, die nicht selten einer Nachstellung des Ex-Partners zum Opfer fallen.<sup>14</sup> Das Strafrecht stellt damit vielfach diejenigen schutzlos, die strafrechtlichen Schutz am dringendsten brauchen. Eingeleitete Ermittlungsverfahren müssen in rund 99% der Fälle eingestellt werden.<sup>15</sup>

Das Problem ist seit langem bekannt. Im Koalitionsver-

trag heißt es, die Bundesregierung beabsichtige, im Interesse der Opfer die tatbestandlichen Hürden für eine Verurteilung zu senken.<sup>16</sup> Genau dies leistet der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz und der darauf basierende, im Juli beschlossene, Gesetzentwurf der Bundesregierung. Beide sehen zwei wesentliche Änderungen des Tatbestands vor, nehmen § 238 StGB den Status als Privatklagedelikt und erweitern den Straftatbestand des Gewaltschutzgesetzes.

## II. Inhalt der Änderungen

### 1. Umwandlung des Tatbestandes in ein potenzielles Gefährdungsdelikt

Die wichtigste Änderung besteht darin, dass § 238 Abs. 1 StGB in ein potentielles Gefährdungsdelikt umgestaltet werden soll.<sup>17</sup> Ob der Tatbestand der Nachstellung einen tatbestandlichen Erfolg voraussetzen soll, wurde in der Historie der Gesetzentwürfe wechselnd beurteilt. So sah die erste Bundesratsinitiative vor, dass die alleinige Schaffung einer „gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben, Freiheit oder ein anderes Rechtsgut“ tatbestandsmäßig sein soll.<sup>18</sup> Nach einer späteren Initiative des Bundesrates musste die Handlung dazu geeignet sein einen Menschen in seiner Lebensgestaltung zu beeinträchtigen.<sup>19</sup> Der Gesetzgeber traf jedoch im Jahr 2007 die Grundentscheidung, den Tatbestand als Erfolgsdelikt auszugestalten.<sup>20</sup> Diese wurde in der Wissenschaft heftig kritisiert.<sup>21</sup> Nun wird sie – stillschweigend – korrigiert, der Schritt vom Gefährdungs- zu einem Erfolgsdelikt wieder rückgängig gemacht.<sup>22</sup>

Für die Tatbestandsverwirklichung soll es künftig ausreichen, dass die Handlung des Täters objektiv geeignet ist, beim Betroffenen eine gravierende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung herbeizuführen. Bei der Einschätzung der objektiven Geeignetheit der Tat zur Herbeiführung einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensumstände beim Opfer soll es in erster Linie auf den Grad des psychischen Drucks ankommen, den der Täter mit seinem Verhalten erzeugt. Als Indizien könnten „unter anderem die Häufigkeit, Kontinuität und Intensität, ihr zeitlicher Zusammenhang und – auch weiterhin – die beim Opfer eventuell schon eingetretene Änderung der Lebensumstände sowie psychische und körperliche Folgen Berücksichtigung finden.“<sup>23</sup>

Die Änderung hat weitreichende Folgen: Bislang konnten es sich Staatsanwaltschaften und Gerichte dadurch einfach machen, dass sie die Frage der Strafbarkeit des Täters schlicht mit Blick auf die Reaktionen der Opfer beantworteten. Da letztere selten den Wohnsitz wechseln oder die

<sup>8</sup> BGHSt 54, 189 (197).

<sup>9</sup> BR-Drs. 551/04; BT-Drs. 16/1030.

<sup>10</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2014), § 238 Rn. 29.

<sup>11</sup> BT-Drs. 16/575, S. 6.

<sup>12</sup> BT-Drs. 16/3641, S. 14; BGHSt 54, 189 (197).

<sup>13</sup> BT-Drs. 16/575, S. 8; BGHSt 54, 189 (197).

<sup>14</sup> Schoch, NStZ 2013, 221 (223).

<sup>15</sup> Referentenentwurf, S. 7; Regierungsentwurf, S. 8.

<sup>16</sup> CDU/CSU/SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, 2013, S. 102.

<sup>17</sup> Referentenentwurf, S. 11; Gesetzentwurf, S. 4.

<sup>18</sup> BR-Drs. 551/04, S. 1 f.

<sup>19</sup> BT-Drs. 16/1030.

<sup>20</sup> So schon BR-Drs. 617/05; final BT-Drs. 16/575; BT-Drs. 13/3641.

<sup>21</sup> Mosbacher, NStZ 2007, 665 (671); Mitsch, NJW 2007, 1237 (1240); Seher, JZ 2010, 582 (583); Schoch, NStZ 2013, 221 (223 f.).

<sup>22</sup> Kritisch Köhne, ZRP 2014, 141 (142); Buß, JR 2016, 356 (358 f.); Kühn, ZIS 2016, 450 (451).

<sup>23</sup> Referentenentwurf, S. 11; Regierungsentwurf, S. 12; Kühn, ZIS 2016, 450 (451).

Arbeit aufgeben können, wurden die Verfahren in aller Regel mit Verweis auf den fehlenden Taterfolg eingestellt. Dies wird künftig nicht mehr (so einfach) möglich sein. Ob und wie das Opfer auf die beharrlichen Nachstellungen reagiert, ist nicht länger entscheidend. Staatsanwälte und Richter müssen vielmehr eine eigenständige Bewertung der Schwere der Nachstellung vornehmen. Leitend muss dabei die Frage sein, ob das Verhalten des Täters dazu geeignet ist, eine Person, die nicht aus kaum überwindlichen familiären, finanziellen oder sonstigen Gründen an Wohnort, Arbeitsplatz und die bisherige Lebensführung gebunden ist, zu einer erheblichen Änderung der Lebensgestaltung zu veranlassen. Diese Frage wird in einer Vielzahl von Fällen, die bisher eingestellt worden sind, zu bejahen sein.

## 2. Streichung des Auffangtatbestandes, § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Die Strafbarkeit soll aber nicht nur ausgeweitet, sondern an anderer Stelle – empfindlich – eingeschränkt werden. Der Auffangtatbestand der Nachstellung („vergleichbare Handlung“) wird ersatzlos gestrichen. Dabei hat der Freistaat Bayern in einem Gesetzesantrag an dieser Totalalternative zunächst festhalten wollen.<sup>24</sup> Im Rechtsausschuss des Bundesrates setzte sich jedoch die Meinung durch, dass der Auffangtatbestand im Zuge der Umwandlung gestrichen werden müsse. Auch nach Auffassung der Bundesregierung führt die Handlungsgeneralklausel des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB bei einer Umstellung des Tatbestandes auf ein Eignungsdelikt zu einer zu weitgehenden Strafbarkeit. „Deshalb und auch unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebots des Artikels 103 Abs. 2 GG ist vorgesehen, die Generalklausel zu streichen.“<sup>25</sup> Auch dieser Schritt knüpft an die im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren des Jahres 2007 geführte Diskussion an. Seinerzeit machten die Oppositionsparteien Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des Auffangtatbestandes geltend,<sup>26</sup> und auch in der Literatur hieß es überwiegend, der § 238 StGB kumuliere unbestimmte Merkmale und sei verfassungsrechtlich bedenklich.<sup>27</sup> Auch der 3. *Strafsenat* des BGH hat in einem *obiter dictum* Zweifel an der Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG angemeldet.<sup>28</sup> Angesichts dieser Vorgeschichte ist es wenig überraschend, dass die Streichung des Auffangtatbestandes selbst bei jenen Autoren Zuspruch findet, die eine Umwandlung in ein Eignungsdelikt negativ bewerten.<sup>29</sup>

Dem ist zu widersprechen. Stattdessen wird hier die These vertreten, dass die verfassungsrechtliche Kritik unberechtigt und der Auffangtatbestand zudem kriminalpolitisch notwendig ist, um dem Variantenreichtum des Stalkings

zu begegnen.<sup>30</sup> So führt die Streichung zu einer Straflosigkeit zahlreicher Nachstellungshandlungen. Zu denken sei nur an die Veröffentlichung persönlicher Daten oder Bilder in sozialen Medien, sexuelle Belästigungen, die nicht von § 177 StGB erfasst werden<sup>31</sup>, besonderer Formen des sog. Telefonerrors, Suiziddrohungen, die Zusendungen von Geschenken oder das nächtliche Bewerfen des Hauses mit Kot und anderem Unrat.<sup>32</sup> Handelte es sich in der Vergangenheit um „totes Recht“<sup>33</sup>, so resultiert dies somit nicht aus der Überflüssigkeit der Regelung, sondern der hohen Hürde des tatbestandlichen Erfolgs und der damit einhergehenden grundsätzlich niedrigen Verurteilungsraten. Die beabsichtigte Stärkung des Opferschutzes wird verfehlt, wenn einerseits auf den Erfolgsnachweis verzichtet, andererseits Stalkern aber gleichsam eine Handlungsanleitung per se strafloser Nachstellungshandlungen an die Hand gegeben wird.

Darüber hinaus ist der Verzicht auf den Auffangtatbestand auch aus normativen Gründen nicht zwingend. Zum einen verlieren Handlungen ihre Sozialadäquanz, wenn sie beharrlich und gegen den Willen des Opfers vorgenommen werden und die objektive Eignung zur schwerwiegenden Änderung der Lebensführung aufweisen. Zum anderen besteht die Möglichkeit, den Auffangtatbestand der Nr. 5 sachgerecht (eng) und unter Zuhilfenahme der übrigen, hinreichend konkreten Handlungsvarianten zu interpretieren.<sup>34</sup> Die Auslegung kann zum einen (systematisch) auf diese Bezug nehmen und sich zum anderen teleologisch an der Eignungskomponente orientieren, die den normativen Gehalt des Handlungsunrechts deutlich aufscheinen lässt. Danach kann sich die Auslegung von der Frage leiten lassen, ob einer den anderen Totalalternativen vergleichbare Handlung die Gefahr innewohnt, dass sich das Opfer der Nachstellung zu einer erheblichen Änderung seiner Lebensgestaltung genötigt sehen könnte. Bei einem solchen innertatbestandlichen Verweis handelt es sich nicht um eine strafbegründende Analogie zulasten des Täters.<sup>35</sup> Solche Verweise sind vielmehr üblich, wie etwa die Verkehrsdelikte zeigen. § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB und der praktisch überaus relevante § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB werden gem. § 315b Abs. 3 StGB erst bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 315 Abs. 3 StGB zu Verbrechen.<sup>36</sup> Die hier vertretene Auffassung wird durch einen Vergleich mit dem Tatbestand des § 292 StGB, dem der Begriff der Nachstellung entspringt, zusätzlich gestützt. Im Rahmen der Jagdwilderei bedarf es keines irgendwie gearteten Erfolgs: Der Täter muss nicht einmal in die Nähe des Wildes gekommen sein.<sup>37</sup> Dennoch erhebt gegenüber § 292 Abs. 1 Nr. 1 StGB niemand den Einwand der Unbestimmtheit.

Kurzum: Der innertatbestandliche Verweis des § 238

<sup>24</sup> BR-Drs. 193/14.

<sup>25</sup> Referentenentwurf, S. 11; Regierungsentwurf, S. 13.

<sup>26</sup> BT-Drs. 16/3641, S. 6 ff.

<sup>27</sup> Mitsch, NJW 2007, 1237 (1239); Gazeas, JR 2007, 497 (501 f.); Eiden, ZIS 2008, 123 (127); Schoch, NStZ 2013, 221 (224); Schöch, DRiZ 2015, 248 (249); Buß, JR 2016, 356 (359).

<sup>28</sup> BGHSt 54, 189 (193 f.).

<sup>29</sup> Buß, JR 2016, 356 (358 f.); Kühl, ZIS 2016, 450 (451).

<sup>30</sup> Rössner/Krupna, in: Dölling/Duttge/Rössner, 3. Aufl. (2013), § 238 Rn. 9; zu dem Variantenreichtum Dressing/Kühner/Gass, FPR 2006, 177 ff.; Kinzig, ZRP 2006, 255; zu den Motiven des Täters

Valerius, JuS 2007, 319 (320).

<sup>31</sup> Zur Reform und Ausweitung des Tatbestandes: BT-Drs. 18/9097.

<sup>32</sup> Das letztgenannte Beispiel geht auf einen realen Fall zurück, in dem der Erstverf. beratend tätig war. Zu weiteren Bsp. Moosbacher, NStZ 2007, 665 (668).

<sup>33</sup> Schoch, NStZ 2013, 221 (222).

<sup>34</sup> Mosbacher, NStZ 2007, 665 (668).

<sup>35</sup> Anders wohl Gazeas, JR 2007, 497 (502).

<sup>36</sup> Kritisch Mitsch, NJW 2007, 1237 (1239); zu §§ 315, 315b Bruns, GA 1986, 1 (14 ff.).

<sup>37</sup> Zeng, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 292 Rn. 27.

StGB ist unter jedem Gesichtspunkt unbedenklich. Dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot wird durch die Handlung des beharrlichen Nachstellens, welche geeignet sein muss, die Lebensgestaltung zu beeinträchtigen, genüge getan. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu erklären, weshalb Opfer künftig nur vor einem recht engen Ausschnitt möglicher Nachstellungshandlungen geschützt werden sollen.

### 3. Streichung des § 238 StGB aus dem Katalog der Privatklagedelikte

Nach geltender Rechtslage kann die Staatsanwaltschaft ein Verfahren nach § 238 Abs. 1 StGB unter Verweis auf den Privatklageweg einstellen, sofern kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung gegeben ist (§§ 170 Abs. 2, 374 StPO). Für Opfer von Stalkern bedeutet das in rechtlicher Hinsicht, dass sie selbst ein Verfahren gegen den Beschuldigten anstrengen und in einem Verfahren vor dem Amtsgericht als Ankläger an Stelle der Staatsanwaltschaft auftreten müssen. Psychologisch führt dies in vielen Fällen dazu, dass sich die Opfer vom Staat und seinen Rechtsinstitutionen alleine gelassen fühlen, was gerade im Fall des psychisch belastenden Stalkings ein allseits unbefriedigender Zustand ist. Zudem raten fachkundige Stellen den Opfern, Kontakt unbedingt zu vermeiden und Kontaktaufnahmen seitens des Täters konsequent zu ignorieren. Müssen die Betroffenen jedoch den Täter im Wege der Privatklage anklagen, ist der Kontakt nicht vermeidbar.<sup>38</sup> Darüber hinaus entsteht unter Umständen sogar der Eindruck, als schenke das Opfer dem Täter bewusst Aufmerksamkeit. Um den Opferschutz für die Betroffenen zu verbessern soll, § 238 Abs. 1 StGB nach dem neuen Gesetzesentwurf aus dem Katalog der Privatklagedelikte gestrichen werden.<sup>39</sup> In Zukunft kommt es nicht mehr darauf an, ob ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung gegeben ist. Dass ein solches in den meisten Stalkingfällen ohnehin zu bejahen ist, zeigt Nr. 86 Abs. 2 S. 2 RiStBV.<sup>40</sup> Ein öffentliches Interesse kann danach auch gegeben sein, wenn zwar ausschließlich der Rechtsfrieden des betroffenen Opfers gestört wird, diesem jedoch aufgrund der persönlichen Beziehung zu dem Täter nicht abverlangt werden kann, den Weg der Privatklage zu nehmen. Sowohl die Richtlinie als auch die besondere Belastung des Opfers zeigen, dass es sinnvoll ist, den Tatbestand der Nachstellung aus dem Katalog der Privatklagedelikte zu streichen. Ob diese Maßnahme allerdings zu einer Änderung des Anklageverhaltens der Staatsanwaltschaften führt, bleibt abzuwarten.<sup>41</sup>

### 4. Erweiterung des Straftatbestandes im Gewaltschutzgesetz

Schließlich soll § 4 des Gewaltschutzgesetzes (GewSchG) erweitert werden. Bereits seit dem Jahre 2002 ordnet die-

ser eine Strafe für einen Verstoß gegen vollstreckbare gerichtliche Schutzanordnungen (Betretungs-, Aufenthalts- und Kommunikationsverbote) an.<sup>42</sup> Mündet ein Verfahren in Gewaltschutzsachen hingegen nicht in einer gerichtlichen Anordnung, sondern in einem Vergleich der Beteiligten, besteht eine Schutzlücke. Ein Verstoß gegen eine Verpflichtung, die im Wege eines Vergleichs übernommen wurde ist nicht strafbewehrt. Knapp ein Drittel der Verfahren in Gewaltschutzsachen wurden im Jahr 2014 durch einen Vergleich erledigt. Dass dieser den Parteien einen geringeren Schutz gewährt als eine gerichtliche Entscheidung, ist nicht sachgerecht. Dies gilt insbesondere, weil der Abschluss eines Vergleichs oft zielführender und sachgerechter ist. Dies liegt zum einen daran, dass sich Täter besser an Vereinbarungen halten, die einvernehmlich getroffen wurden. Zum anderen können die Vereinbarungen des Vergleichs an die individuellen Bedürfnisse und Verhältnisse der Parteien angepasst werden. Der Entwurf bezeichnet die Rechtslage daher zu Recht als unbefriedigend.<sup>43</sup>

Um dem abzuwehren, wird in § 4 GewSchG eine Strafdrohung für den Fall eingeführt, dass der Täter gegen eine in einem Vergleich übernommene Verpflichtung verstößt, wenn diese vom Gericht bestätigt worden ist. Eine solche Bestätigung soll vom Familiengericht künftig nach § 214a FamFG-E erteilt werden können. Das Gericht soll einen geschlossenen Vergleich in der Weise bestätigen, wie die Regelungen im Einzelfall auch als gerichtliche Gewaltschutzanordnung hätten erlassen werden können.<sup>44</sup>

### III. Zusammenfassung

Die Freiheitsberaubung schützt die Fortbewegungsfreiheit ebenso wenig um ihrer selbst willen wie die Nötigung die Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit. Beide Dimensionen der Freiheit dienen dem Einzelnen letztlich dazu, sein Leben autonom zu gestalten. Insofern garantiert § 238 StGB die schlechterdings grundlegende personale Freiheit des Einzelnen gegen Einschränkungen, welche die §§ 239 f. StGB nicht erfassen.<sup>45</sup> Der Tatbestand der Nachstellung schützt die personale Freiheit vor Personen, die – wegen der Beharrlichkeit ihres Verhaltens – uneinsichtig handeln und nicht selten als pathologisch und gefährlich wahrgenommen werden. Insofern trägt der Straftatbestand zweifellos Züge einer spezialpräventiven Logik.<sup>46</sup> Gleichwohl lassen sich auch solche Grenzstatbestände mit dem tradierten Strafrechtsparadigma, das auf der Vergeltung von Tatschuld gründet, in Einklang bringen.<sup>47</sup>

Probleme bereitet daher auch nicht das Ziel des § 238 StGB, sondern das verwendete Mittel, genauer: die bisherige Tatbestandsfassung. Der nun begonnene Reformprozess ist daher notwendig und lange überfällig. Die Novellierung des § 238 StGB adressiert das Kernproblem und dürfte daher den bislang praktisch „toten“ Straftatbestand

<sup>38</sup> Referentenentwurf, S. 11 f.; Gesetzesentwurf, S. 13.

<sup>39</sup> Referentenentwurf, S. 11 f.; Gesetzesentwurf, S. 13.

<sup>40</sup> Referentenentwurf, S. 12; Gesetzesentwurf, S. 13.

<sup>41</sup> Kritisch *Buß*, JR 2016, 356 (359).

<sup>42</sup> BT-Drs. 14/5429, S. 6.

<sup>43</sup> Referentenentwurf, S. 12 f.; Gesetzesentwurf, S. 14.

<sup>44</sup> Referentenentwurf, S. 13; Gesetzesentwurf, S. 14.

<sup>45</sup> Diese Bestimmung des Strafzwecks des § 238 StGB weicht von den gängigen Bestimmungen des Rechtsguts ab; s. zu Letzteren *Kinzig*, ZRP 2006, 255 (257); *Meyer*, ZStW 115 (2003), 274 (284).

<sup>46</sup> Kritisch zum Präventionsansatz in § 238 StGB *Neubacher*, ZStW 118 (2007), 866 (868).

<sup>47</sup> S. dazu am Beispiel des § 89a StGB *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 227 ff.

zum Leben erwecken. Dass die Änderungen von erheblicher, praktischer Bedeutung sind, zeigt die große Zahl von Ermittlungsverfahren, die in den vergangenen Jahren wegen Nachstellung eingeleitet worden sind. Konnten diese in der Vergangenheit in aller Regel nach kurzer Zeit eingestellt werden, da eine erhebliche Änderung der äußeren Lebensumstände des Opfers nicht festzustellen war, werden nach der Gesetzesänderung deutlich mehr Verurteilungen zu verzeichnen sein. Sowohl für die Strafverfolgungsbehörden als auch für die Strafverteidiger dürfte § 238 StGB damit zu einer Vorschrift werden, die ihnen im (Hauptverhandlungs-) Alltag häufig begegnen wird. Bei den von einer Nachstellung betroffenen Opfern dürfte sich das Gefühl, vom Recht allein gelassen zu werden, dementsprechend seltener einstellen. Dieser Effekt allein rechtfertigt die Veränderung des § 238 StGB.

Uneingeschränkt zu begrüßen ist auch, dass die Nachstellung künftig kein Privatklagedelikt mehr ist und das GewSchG nunmehr auch Verstöße gegen Verpflichtungen pönalisiert, die im Vergleichsweg erzielt worden sind. Erheblich abgeschwächt wird der positive Effekt der Novellierung indes durch die geplante Streichung der Auffangtatalternative des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Aus Sicht der Autoren ist dieser Schritt weder sachgerecht noch als Kompensation für die Umwandlung des § 238 StGB in ein Gefährdungsdelikt notwendig. Eine einschränkende, teleologische Auslegung dieser Tatalternative ist auch innerhalb eines Gefährdungsdelikts möglich. Aus dem BMJV verlautet diesbezüglich, dass in solchen Fällen eine zivilgerichtliche Unterlassungsverfügung eingeholt werden könne, deren Verstöße pönalisiert seien, jedoch verweist man die Opfer damit auf den privaten Zivilrechtsweg, den der Gesetzgeber den Stalking-Opfern mit der Reform doch eigentlich ersparen wollte.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Treffend *Lauter/Klormann*, *Zeit Online* v. 13.07.2016, unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/2016-07/stalking-heiko-maas-opfer-schutz-gesetz-nachstellung> (zuletzt abgerufen am 07.09.2016).