

Der neue Straftatbestand der Nachstellung

Von Oberamtsanwalt Heribert Blum, Kerpen*

1. Das Stalking und seine Erscheinungsformen

Durch das 40. StrÄndG vom 22.03.2007 hat der Gesetzgeber einen neuen Tatbestand als § 238 StGB ins Gesetz eingefügt. Überschriften ist die Vorschrift mit „Nachstellung“. Vielfach wird in diesem Zusammenhang auch von „Stalking“ gesprochen. Dieser englische Begriff ist der Jägersprache entnommen und bedeutet das Heranpirschen an die zu erlegende Beute¹. Aber auch die deutsche Wortwahl erweckt Assoziationen zur Jagd. In der Tat verwendet der Gesetzgeber im Tatbestand der Jagdwilderei (§ 292 Abs. 1 Nr. 1 StGB) genau diesen Begriff. Wie zahlreiche gerichtliche Entscheidungen zeigen, spielt das Stalking nicht nur im Strafrecht, sondern auch in anderen Rechtsbereichen – wie z.B. dem Arbeitsrecht, aber auch dem Sozialrecht² - eine Rolle.

Die Erscheinungsformen der Nachstellung sind vielfältig, wie schon der Tatbestand des § 238 StGB zeigt. Sie gehen über das ständige Aufsuchen der Nähe zum Opfer, das intensive Ausnutzen von modernen Kommunikationsmitteln gegen das Opfer sowie über die Bestellungen von Waren und Dienstleistungen unter den Personalien des Opfers bis hin zu ernsthaften Bedrohungen, die bisweilen sogar in Tötlichkeiten gegen das Opfer oder ihm nahe stehende Personen sowie gegen dem Opfer gehörende Sachen ausarten. Das Opfer wird in seiner Lebensführung häufig durch die Verhaltensweisen des Täters schwerwiegend beeinträchtigt. Teilweise gehen diese Beeinträchtigungen für das Opfer so weit, dass es jeglichen sozialen Kontakt vermeidet und damit sozial isoliert wird. Manche Verhaltensweisen der Stalker konnten auch schon in der Vergangenheit aufgrund bestehender Strafnormen geahndet wer-

* Der Verfasser ist Dozent an der Fachhochschule für Rechtspflege des Landes NRW in Bad Münster-eifel.

¹ Valerius, Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB, JuS 2007, 319; Mosbacher, Nachstellung - § 238 StGB, NStZ 2007, 665.

² Z.B. LSG Niedersachsen-Bremen – Urteil vom 22.06.2006 – NJOZ 2006, 4333.

den. Es gab aber auch Lücken im Schutz des Opfers. Diese Lücken sollen durch diesen neuen Straftatbestand geschlossen werden.

2. Geschütztes Rechtsgut in § 238 StGB

Geschütztes Rechtsgut ist der Rechtsfrieden des Opfers³; ferner werden – wie die Nähe zur Freiheitsberaubung in § 239 StGB und zur Nötigung in § 240 StGB zeigt – die Fortbewegungs- und die Entschließungsfreiheit des Opfers geschützt. Nebenbei werden – wie dies auch bei anderen Strafrechtsvorschriften teils der Fall ist - andere Rechtsgüter indirekt eingeschlossen. Jedoch werden diese weiteren Rechtsgüter – wie z.B. die körperliche Unversehrtheit – durch andere Normen, die nicht von § 238 StGB verdrängt werden, bereits erfasst. Der Gesetzgeber wollte mit der neuen Bestimmung des § 238 StGB eine Strafbarkeitslücke schließen. Denn bisher war es teilweise schwierig, einen Täter, der dem Opfer ständig aufgelauert hat, mit den schon vorhandenen Tatbeständen strafrechtlich zu verfolgen. Es war z.B. bisweilen kaum möglich, die mitunter große Angst, die das Opfer durchlebte, etwa mit den Körperverletzungsdelikten zu erfassen, weil die insoweit erforderlichen körperlichen Auswirkungen nicht ganz einwandfrei feststellbar waren. Im übrigen sind einzelne bloße Belästigungen des Opfers – soweit sie nicht bereits nach anderen Vorschriften strafbar sind - für sich betrachtet nicht von erheblichem Gewicht. Erst das Gesamtverhalten des Täters, das von der neuen Norm erfasst wird, macht es zu einem strafwürdigen Verhalten.

3. Prozessuale Fragen und Strafantrag

Der **Grundtatbestand des Abs. 1** ist ein **Privatklagedelikt** (§ 374 Abs. 1 Nr. 5 StPO). Angesichts der hohen Hürden, die der Gesetzgeber in § 238 StGB für die Strafbarkeit aufgestellt hat, erscheint dies zumindest etwas verwunderlich. Andererseits hat der Gesetzgeber trotz der hohen Anforderungen für den Grundtatbestand des § 238 Abs. 1 StGB lediglich eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vorgesehen.

³ Mitsch, Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007, 1237, 1238.

Der Geschädigte kann sich als **Nebenkläger** einem Strafverfahren anschließen (§ 395 Abs. 1 Nr. 1 e StPO). Gemäß § 406 h StPO ist der Verletzte auf diese Befugnis hinzuweisen. Soweit die Voraussetzungen des § 397 a Abs. 2 StPO vorliegen, kann der Verletzte Prozesskostenhilfe beantragen.

§ 238 Abs. 1 StGB wird grundsätzlich nur auf einen entsprechenden **Strafantrag** hin verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält (§ 238 Abs. 4 StGB). Zur Stellung des Strafantrages ist der Geschädigte berechtigt, also das Stalking-Opfer und nicht etwa in den Fällen des § 238 Abs. 1 Nr. 3 StGB der Inhaber des Versandhauses, weil dieser nämlich nicht unmittelbar verletzt ist und die Vorschrift lediglich dem Schutz des Nachstellungsofers dient. Das Antragsrecht geht im Falle des Todes des Opfers nicht auf die Angehörigen über (siehe § 77 Abs. 2 StGB).

In den Fällen des § 238 Abs. 2 und 3 StGB besteht die Möglichkeit der Verhängung von Untersuchungshaft wegen des **Haftgrundes der Wiederholungsgefahr** (§ 112 a Abs. 1 Nr. 1 StPO). Zwar ist diese Form der Sicherungshaft allgemein äußerst umstritten. Aber es erscheint in diesen qualifizierten Fällen der Nachstellung durchaus vertretbar, sie auf eine Stufe mit den in dieser Ziffer aufgeführten Sexualstraftaten zu stellen, denn in diesen schweren Fällen des Stalking sind die Täter häufig eine lebende Zeitbombe.

4. Ein Überblick über den Tatbestand des § 238 StGB

In § 238 Abs. 1 StGB ist der **Grundtatbestand** geregelt, bei dem es sich um ein Vergehen im Sinne des § 12 Abs. 2 StGB handelt. Strafbar ist nur die vorsätzliche Begehungsweise (§ 15 StGB). Sowohl der Täter als auch das Opfer können weiblichen oder männlichen Geschlechts sein.

Einen höheren Strafrahmen sieht das Gesetz in den Fällen des **§ 238 Abs. 2 StGB** vor, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahe stehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer

schweren Gesundheitsschädigung bringt. Dieser **Qualifizierungstatbestand** ist weder ein Privatklagedelikt noch ist für die Verfolgung ein Strafantrag erforderlich. Das Gesetz sieht in diesen Fällen eine erhöhte Mindeststrafe von drei Monaten vor. Anders als bei Abs. 3 handelt es sich aber lediglich um ein Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB).

Für den Fall, dass der Täter durch die Tat den **Tod des Opfers**, eines Angehörigen des Opfers oder einer dem Opfer nahe stehenden Person verursacht, enthält **§ 238 Abs. 3 StGB** eine weitere Qualifizierung, die als Verbrechenstatbestand ausgestaltet ist.

Im Gegensatz zu den Absätzen 1 und 2 ist beim Abs. 3 der **Versuch** (stets) strafbar (§ 23 Abs. 1 StGB). Streitig ist allerdings, ob trotz Straflosigkeit des Versuchs beim Grunddelikt (hier bei § 238 Abs. 1 StGB) ein Versuch bei der Erfolgsqualifizierung (hier bei § 238 Abs. 3 StGB) möglich ist, wenn die besondere Folge strafbegründend wirkt.

§ 238 Abs. 1 **Nr. 2 StGB** enthält für diese Alternative eine Versuchsregelung. Bei dem Einsatz von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation reicht nämlich schon der Versuch aus, mit dem Opfer einen Kontakt herzustellen. Es dürfte sich insoweit um ein sogenanntes unechtes Unternehmensdelikt handeln⁴.

5. Einzelfragen zum Tatbestand des § 238 StGB

Die neue Vorschrift wirft zahlreiche Fragen auf, die im Folgenden kurz aufgegriffen werden sollen.

So ist im Absatz 2 der Norm von einer dem Opfer **nahe stehenden Person** die Rede. Diesen Begriff hatte der Gesetzgeber bisher u.a. schon in den §§ 35 Abs. 1 Satz 1, 241 StGB gebraucht. Unter einer nahe stehenden Person versteht man einen Menschen, der dem Opfer so verbunden ist, dass das Opfer die Gefahr für jenen so empfindet, als richte sie sich gegen es selbst. Es werden also neben den Angehöri-

⁴ Mosbacher, Nachstellung - § 238 StGB, NSz 2007, 665, 667.

gen (siehe die Definition in § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB) auch weitere Personen wie beispielsweise nahe Freunde oder Hausgenossen erfasst.

Ebenfalls in Abs. 2 der Vorschrift taucht der Begriff der **schweren Gesundheits-schädigung** auf, den der Gesetzgeber bereits in verschiedenen anderen Tatbeständen verwandt hat (z.B. §§ 225 Abs. 3 Nr. 1, 306 b Abs. 1, 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB). Er ist genau so zu verstehen wie in diesen Normen. Danach liegt eine schwere Gesundheitsschädigung dann vor, wenn die Gesundheit des Betroffenen ernstlich, einschneidend oder nachhaltig beeinträchtigt ist. Diese Voraussetzung ist jedenfalls immer dann zu bejahen, wenn intensivmedizinische Maßnahmen oder umfangreiche und langwierige Rehabilitationsmaßnahmen zur Wiederherstellung der Gesundheit und/oder zur sonstigen Beseitigung der Tatfolgen notwendig sind⁵.

Fragen wirft ferner der Begriff der **räumlichen Nähe** in § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf. Die genaue Auslegung des Begriffs kann immer nur im konkreten Einzelfall erfolgen, denn ob der Täter dem Opfer zu nahe kommt, hängt stets von den Umständen des Einzelfalles ab. In einer überfüllten Straßenbahn kann selbst eine Distanz von nur wenigen Metern unter Umständen noch nicht als räumliche Nähe verstanden werden, während das Opfer etwa in einer einsamen Gegend einen Abstand von 50 Metern schon als bedrohlich empfinden kann. Im übrigen muss der Täter die räumliche Nähe zum Opfer „aufsuchen“. Damit fallen zufällige Begegnungen schon nicht unter den objektiven Tatbestand. Ob das Aufsuchen auch durch ein unechtes Unterlassen (§ 13 StGB) verwirklicht werden kann und der Täter, der z.B. mit dem Opfer zusammenlebt, verpflichtet ist, sich von dem Opfer zu trennen, erscheint zumindest zweifelhaft⁶. In der Regel helfen in diesen Fällen die Möglichkeiten des Gewaltschutzgesetzes.

Fraglich erscheint, ob und inwieweit § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB dem **Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG** entspricht, weil dort lediglich von anderen vergleichbaren Handlungen die Rede ist. Der Gesetzgeber hat in den vorangehenden Alternativen bestimmte Handlungsweisen unter Strafe gestellt. Es führt zweifellos bei den vielfältigen Formen der Nachstellung zu Problemen, allen denkbaren Verhaltenswei-

⁵ BGH – Urteil vom 17.07.2007 – NStZ-RR 207, 304; Schroth NJW 1998, 2685.

⁶ Sering, Das Gewaltschutzgesetz und der Stalking-Tatbestand des StGB, NJW-Spezial 2007, 375, 376.

sen beim Stalking durch entsprechende Formulierungen im Gesetzestext zu begegnen. Deshalb bleibt dem Gesetzgeber keine andere Möglichkeit, auch vergleichbare Verhaltensweisen mit einer „Generalklausel“ unter Strafe zu stellen. Ähnliche Formulierungen befinden sich im übrigen schon seit langer Zeit in anderen Vorschriften. So knüpfen etwa die §§ 315 Abs. 1 Nr. 4 und 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB mit dem ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff ebenfalls an die vorangestellten Alternativen an. Auch § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB meint nur solche Fälle, die den Nrn. 1 bis 4 ebenbürtig sind. Schon bei den §§ 315, 315 b StGB haben sich die Kritiker⁷ und diejenigen, die an der Verfassungsmäßigkeit zweifeln, jedenfalls bisher nicht durchsetzen können. Zu Recht weist Mosbacher⁸ auf den Tatbestand der Jagdwilderei (§ 292 Abs. 1 Nr. 1 StGB) hin, wo der Gesetzgeber unter Strafe stellt, dass der Täter „dem Wild nachstellt“. In § 238 StGB hat der Gesetzgeber den Begriff des Nachstellens gerade durch die einzelnen Alternativen konkretisiert. Es ist deshalb nicht einzusehen, wenn in der Nr. 5 sich diese Konkretisierung nur an den vorangestellten Ziffern orientiert.

Unter § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB könnten etwa unzutreffende Todesanzeigen in Zeitungen fallen, sofern die weiteren Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.

Kennzeichnend für das Stalking ist gerade eine besondere **Beharrlichkeit** und Hartnäckigkeit des Täters. Erst durch die ständigen Belästigungen kommt es beim Opfer zu den Beeinträchtigungen. Daher verlangt der Gesetzgeber in § 238 StGB, dass der Täter beharrlich handelt. Diesen Begriff hat der Gesetzgeber schon in der Vergangenheit in verschiedenen anderen Vorschriften verwandt (siehe z.B. § 56 d Abs. 3 Satz 3, 56 f Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, 67 g Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, 184 d StGB, § 11 SchwarzArbG). Beharrliches Zuwiderhandeln setzt voraus, dass die Vorschrift aus Missachtung oder Gleichgültigkeit immer wieder übertreten oder aber die Bereitschaft hierzu deutlich wird⁹. Eine einmalige Belästigung des Opfers wird daher von § 238 StGB nicht erfasst. Auch ein sehr großer zeitlicher Abstand zwischen den einzelnen Handlungen dürfte nicht ausreichen¹⁰. Da der Gesetzgeber die Beharrlichkeit sämtlichen Tatbestandsvarianten vorangestellt hat, ist es allerdings nicht erforderlich, dass

⁷ Für § 238 StGB: Mitsch, Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007, 1237, 1239.

⁸ NStZ 2007, 665, 668.

⁹ BGHSt 23, 167, 172, 173; BayObLG NStE, § 184 d StGB Nr. 2.

¹⁰ OLG Köln GA 1984, 333.

der Täter immer dieselbe Begehungsform wählt, sondern es genügt, wenn der Täter nacheinander unterschiedliche Alternativen der Vorschrift erfüllt.

Es können auch mehrere Personen – etwa die Mitglieder eines kleineren Vereins – Stalking-Opfer sein. Ggf. läge gleichartige Idealkonkurrenz vor. Unklar ist, wie in diesen Fällen das Merkmal der Beharrlichkeit erfüllt wird. Es dürfte kaum als ausreichend erachtet werden, wenn der Täter jedes Opfer nur einmal belästigt. Denn ein besonderes Charakteristikum des Tatbestandes ist ja gerade, dass das (einzelne) Opfer nachhaltig beeinträchtigt wird.

Eingeschränkt wird die Norm durch das ebenfalls zum objektiven Tatbestand gehörende **unbefugte** Nachstellen. Wer z. B. als Gläubiger in der Zwangsvollstreckung immer wieder den Kontakt zum Schuldner sucht, handelt grundsätzlich nicht unbefugt und erfüllt deshalb nicht die objektiven Voraussetzungen des § 238 StGB. Denkbar ist aber auch bei dieser Konstellation im Einzelfall ein Verstoß gegen § 238 StGB¹¹. Ein weiterer Beispielfall für ein grundsätzlich nicht unbefugtes Handeln ist die Kontaktaufnahme getrennt lebender Eltern zur Regelung des Umgangsrechts.

Da das Merkmal nicht wie in manchen anderen Strafvorschriften nur einen Hinweis auf die allgemeine Rechtswidrigkeit enthält, sondern dem objektiven Tatbestand zugerechnet wird¹², verwirklicht derjenige, der etwa die Nähe zum Opfer mit dessen **Einverständnis** aufsucht, schon nicht die Tatbestandsmäßigkeit. Die Überlegung, ob ein Rechtfertigungsgrund eingreift, entfällt somit bei dieser Konstellation. Voraussetzung für § 238 StGB ist daher, dass der Täter gegen den Willen des Opfers handelt. Wichtig ist dies z.B. auch bei Irrtumsfragen. Ein diesbezüglicher Irrtum dürfte stets als Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB) zu werten sein. Die Frage der Vermeidbarkeit beim Verbotsirrtum stellt sich folglich nicht.

¹¹ Vgl. Mitsch, Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007, 1237, 1238.

¹² Fischer, StGB, 55. Auflage, § 238 Rdnr. 26.

6. Konkurrenzfragen

Wird die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung durch mehrere Verhaltensweisen des Täters herbeigeführt, liegt nur **ein Verstoß gegen § 238 StGB** vor. Werden mehrere Personen beeinträchtigt, liegt **gleichartige Idealkonkurrenz** vor (§ 52 StGB). Denkbar ist aber auch, dass der Täter den Tatbestand gegenüber derselben oder gegenüber denselben Personen **mehrfach** verwirklicht. Davon wird man ausgehen können, wenn der Täter etwa nach einem tatbedingten Umzug oder Arbeitsplatzwechsel des Opfers seine Nachstellungen fortsetzt.

Grundsätzlich kann § 238 StGB mit anderen Delikten in aller Regel in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen. Unter Umständen kann § 238 StGB auch andere Delikte, die eigentlich in Tatmehrheit zueinander stehen (z.B. eine Sachbeschädigung und einen späteren Hausfriedensbruch), mit einander **verklammern**.

Zweifelhaft ist das **Konkurrenzverhältnis** zum Tatbestand der Bedrohung (§ 241 StGB). Denn § 238 Abs. 1 Nr. 4 StGB enthält bereits Elemente des § 241 StGB. Da der Strafraum des § 238 Abs. 1 StGB höher ist als bei § 241 StGB, verdrängt diese Alternative der Nachstellung die Bedrohung¹³. Im übrigen geht § 238 Abs. 1 Nr. 4 StGB über den Tatbestand der Bedrohung hinaus. Während für § 241 StGB nur die Bedrohung mit der Begehung eines Verbrechens i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB ausreicht, genügt für § 238 Abs. 1 Nr. 4 StGB z. B. schon eine Bedrohung hinsichtlich der körperlichen Unversehrtheit aus, also letztlich das Androhen des Vergehens einer (einfachen) Körperverletzung.

7. Notwendigkeit der Vorschrift

Fraglich ist, ob überhaupt eine Notwendigkeit für die Schaffung des Tatbestandes der Nachstellung bestanden hat. Manche Verhaltensweisen von Stalker waren bereits mit anderen Vorschriften – wie z.B. der Körperverletzung, der Sachbeschädi-

¹³ Anderer Ansicht: Fischer, StGB, 55. Auflage, § 238 Rdnr. 39; Valerius, Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB, JuS 2007, 319, 323, die wohl von Tateinheit zwischen § 238 und § 241 StGB ausgehen.

gung, dem Hausfriedensbruch, den Beleidigungstatbeständen - zu erfassen. In § 238 StGB werden aber auch andere Begehungsweisen unter Strafe gestellt, die mit den aufgezählten Tatbeständen nicht erfasst werden können. Insofern bestand eine Notwendigkeit zur Einführung des Tatbestandes, wobei abzuwarten bleibt, ob die Hürden des Gesetzgebers nicht zu hoch aufgebaut worden sind und daher den Tatbestand zu einem stumpfen Schwert machen. Dies gilt insbesondere für die Voraussetzung, dass das **Opfer in seiner Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt werden muss**. Damit wird die Anwendbarkeit der Vorschrift – insbesondere aus Opfersicht - erheblich eingeengt. Eine solche schwerwiegende Beeinträchtigung wird man in der Regel annehmen können, wenn das Opfer seine gewohnte Lebensweise auf Grund der Nachstellungen des Täters nicht nur geringfügig ändern muss. Als Extremfall wird der Zwang zum Wechsel des Arbeitsplatzes oder der Wohnung anzusehen sein. Als geringfügig wäre es anzusehen, wenn das Opfer lediglich einen Anrufbeantworter bei der Entgegennahme von Telefonaten vorschalten müsste, um „Nachstellungen“ des Täters entgehen zu können.

Es wird Aufgabe der Rechtsprechung sein, diese Frage und die anderen aufgeworfenen Probleme hinreichend zu klären.