

# Der neue Stalking-Tatbestand; ein erster Überblick<sup>1</sup>

■ Sönke Gerhold

**A**m 30.11.2006 wurde schlussendlich doch der lange umstrittene, aber von Seiten der Opferschutzverbände sehnlich erwartete, Anti-Stalking-Straftatbestand im Bundestag verabschiedet. Am 16.02.2007 hat das Gesetz im Bundesrat eine weitere Hürde auf dem Weg zur Verkündung genommen, mit der nach Angaben des BMJ Anfang März diesen Jahres zu rechnen ist.

Seitdem das Land Hessen am 05.07.2004 einen ersten Gesetzesentwurf in den Bundesrat eingebracht hat<sup>2</sup>, ist viel diskutiert und gestritten worden. Bundestag und Bundesrat hatten lange Zeit ihre eigenen Vorstellungen über den neuen Tatbestand und eigene Entwürfe<sup>3</sup>, die sich jedoch von wissenschaftlicher Seite ähnlichen Bedenken ausgesetzt sahen.

Neben den Zweifeln an der Notwendigkeit eines Stalking-Straftatbestandes wurde insbesondere auch die fehlende Bestimmtheit kritisiert sowie die Frage aufgeworfen, ob das Problem „Stalking“ überhaupt mit den Mitteln des Strafrechts in den Griff zu bekommen sei oder ob dies nicht besser durch eine Reform des FGG gewährleistet werden könne.

Der nun verabschiedete Entwurf des § 238 StGB n.F. mit der amtlichen Überschrift „Nachstellung“ hat die Bedenken gegen einen Stalking-Straftatbestand nicht vollständig zerstreuen können; es wurde jedoch erheblich nachgebessert.

Der Gesetzesentwurf des Bundesrates war noch als Eignungsdelikt ausgestaltet und der Tatbestand intendierte, dass auf eine generelle Eignung unabhängig vom Einzelfall abzustellen sei<sup>4</sup>. Daneben enthielt der Tatbestand vier unbestimmte Rechtsbegriffe, die in wechselseitiger Abhängigkeit standen: unbefugt, erheblich, nachhaltig und fortgesetzt<sup>5</sup>. Die Unvereinbarkeit mit Art. 103 II GG lag auf der Hand.

Auch der erste Regierungsentwurf kombinierte munter unbestimmte Rechtsbegriffe, so sollte die Lebensgestaltung schwerwiegend und unzumutbar beeinträchtigt werden. Eine Doppelung, die nicht zur Verständlichkeit des ohnehin schwierigen Tatbestandes beitrug.

Der neue § 238 StGB verzichtet auf einige der vormals vorgeschlagenen Wiederholungen und wechselseitigen Abhängigkeiten und ist deshalb besser zu handhaben. Die Ausgestaltung des Grundtatbestandes in Abs. 1 als Erfolgsdelikt trägt zur Verständlichkeit bei.

Die verbleibenden unbestimmten Rechtsbegriffe knüpfen teilweise an andere Normen an bzw. sind diesen entnommen, so dass auf eine gefestigte Rechtssprechung zurückgegriffen oder das Merkmal leicht durch die Rechtsprechung ausgefüllt werden kann.

Der Begriff „unbefugt“ ist im Rahmen des § 238 I StGB n.F. ebenso wie in den §§ 127, 168, 201, 202, 202a, 204, 206, 324, 326, 353b und 355 StGB als Hinweis auf das allgemeine Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit zu verstehen.

Dem Willen des Gesetzgebers, der im Merkmal „unbefugt“ ein echtes Tatbestandsmerkmal erblicken wollte, so dass der Tatbestand auf strafwürdige Fälle beschränkt bliebe<sup>6</sup>, kann besser durch eine entsprechende Auslegung des Merkmals „nachstellen“ Rechnung getragen werden.

Der Gesetzgeber wollte durch das Merkmal „unbefugt“ insbesondere Fälle aus dem Tatbestand ausschließen, in denen ein Einverständnis des Opfers vorliegt oder eine Befugnisnorm zugunsten des Täters eingreift; wobei ausweislich der Entwurfsbegründung unter „Befugnisnorm“ jede gesetzlich oder privatautonom begründete Erlaubnis zu verstehen ist.

Bei entsprechender Auslegung des Begriffs „nachstellen“ können die vom Gesetzgeber gewollten Ergebnisse erzielt werden, ohne dass sich § 238 I StGB in einen systematischen Widerspruch zu den §§ 127, 168, 201, 202, 202a, 204, 206, 324, 326, 353b und 355 StGB setzen müsste, bei denen das Merkmal „unbefugt“ nach ganz herrschender Meinung als Verweis auf das allgemeine Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit verstanden wird<sup>7</sup>.

Der Begriff des „Nachstellens“ ist bereits aus dem Gewaltschutzgesetz sowie aus den §§ 292 Abs. 1 Nr. 1, 329 Abs. 3 Nr. 6 StGB bekannt. Dort umfasst er das Anschleichen, Heranpirschen, Auflauern, Aufsuchen, Verfolgen, Anlocken, Fallen stellen oder das Treiben<sup>8</sup>. Im vorliegenden Kontext umschreibt der Begriff damit alle Handlungen, die darauf ausgerichtet sind, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherungen an das Opfer in dessen persönlichen Lebensbereich einzudringen und dadurch seine Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen<sup>9</sup>. Eine Person, die mit einer Handlung i.S.d. § 238 I StGB n.F. einverstanden ist, wird jedoch nicht in ihren Rechten beeinträchtigt. Ein „Nachstellen“ läge nicht vor. Das Merkmal „unbefugt“ ist insoweit überflüssig. Es behält allerdings als Hinweis auf das Erfordernis einer besonders sorgfältigen Prüfung der Rechtswidrigkeit eine eigenständige Bedeutung.

In § 238 I Nr. 1 bis 5 StGB wird der Begriff des „Nachstellens“ durch eine beispielhafte Aufzählung weiter konkretisiert. Er wird jedoch durch die Verwendung der offenen Generalklausel in Nr. 5 nicht bedeutend eingeschränkt.

Ein weiteres Auslegungsproblem stellt der Anknüpfungspunkt des Merkmals „beharrlich“ dar. Zum einen könnte sich „beharrlich“ jeweils auf die unter Nr. 1 bis 5 aufgezählten Handlungen beziehen, zum anderen

könnte es sich auf die Stalkinghandlungen insgesamt beziehen. Der Täter müsste in diesem Fall nicht beharrlich die Nähe des Opfers aufzusuchen oder beharrlich drohen, sondern die Beharrlichkeit könnte sich auch aus dem Zusammenspiel der verschiedenen Stalkinghandlungen ergeben.

Da mit § 238 StGB die persönliche Freiheit geschützt werden soll<sup>10</sup>, ist die zweite Deutung vorzuziehen. Die Beharrlichkeit muss sich daher aus einer Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen ergeben.

„Beharrlichkeit“ ist dabei nicht bereits bei bloßer Wiederholung gegeben. Vielmehr bezeichnet der Begriff eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot, die zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziert. Eine wiederholte Begehung ist immer Voraussetzung, aber für sich allein nicht ausreichend. Erforderlich ist vielmehr, dass aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit dem Willen gehandelt wird, sich auch in Zukunft wieder entsprechend zu verhalten. Von Bedeutung ist auch der zeitliche Abstand zwischen den einzelnen Handlungen und deren innerer Zusammenhang<sup>11</sup>.

Als Erfolg verlangt der Grundtatbestand letztendlich die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung.

Eine kausale Beeinträchtigung liegt dabei vor, wenn das Opfer aufgrund der Tat objektiv seine Lebensgewohnheiten oder -umstände ändert. Subjektive Beeinträchtigungen können vor dem Hintergrund des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots nicht ausreichen, da sonst alleine das subjektive Empfinden des Opfers über die Strafbarkeit entscheiden würde und der Täter die Grenze

strafbaren Handelns nicht erkennen könnte.

Beeinträchtigungen sind schwerwiegend, wenn sie das durchschnittliche, regelmäßig zunehmende und zumutbare Maß erheblich und objektivierbar übersteigen. Sie müssen daher besonders gravierend sein und in die Freiheitssphäre (Handlungs- und Entschließungsfreiheit) des Opfers eingreifen.

Zur Bestimmung der einzelnen Tatbestandsmerkmale sei abschließend angemerkt, dass sämtliche Merkmale vor dem Hintergrund mehrerer unbestimmter Rechtsbegriffe und dem Umstand, dass § 238 StGB im Ergebnis für sich genommen sozialadäquate Verhaltensweisen, wie den Anruf bei einer anderen Person, kriminalisiert und so zu einem empfindlichen Eingriff in die Freiheitsrechte des Täters führt, eng auszulegen sind. Nur so kann ein verfassungskonformes Ergebnis erzielt werden.

Ob sich die Hoffnung der Opferschutzverbände erfüllt, dass durch den neuen Tatbestand Stalker vermehrt verurteilt werden, bleibt abzuwarten. Die geringe Zahl verurteilter Stalker in der Vergangenheit ist zu einem wesentlichen Teil nicht auf fehlende Straftatbestände zurückzuführen, sondern darauf, dass die Instanzengerichte und die Staatsanwaltschaften von ihren Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153, 153a StPO sowie nach § 170 II StPO unter Verweisung auf den Privatklageweg nach §§ 376, 374 StPO großzügig Gebrauch machten. Ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung typischer Stalkinghandlungen wurde regelmäßig verneint<sup>12</sup>.

Der Regelungsbedarf war nicht so groß, wie überwiegend propagiert wurde. Durch eine konsequente Anwendung der §§ 123, 164, 185 ff., 223 ff., 239 ff., 263, 267, 269 und 303 StGB konnte eine Vielzahl typischer Stalkinghandlungen erfasst werden, sofern eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten wurde. Größere Probleme gab es zwar bei der Erfassung von Delikten mit überschießender Innentendenz, wenn der Täter nicht aus der tatbeständlichen geforderten besonderen Absicht heraus, sondern aus Hass oder ähnlichen Beweggründen han-

delte; insbesondere also, wenn der Täter Waren oder Dienstleistungen im Namen des Opfers bestellte, um sich zu rächen oder dem Opfer das Leben schwer zu machen, doch selbst diese Delikte wurden zu einem großen Teil von der Rechtsprechung erfasst. Die neuere Rechtsprechung argumentierte, dass sich die Bereicherungsabsicht im Rahmen des § 263 I StGB bereits daraus ergebe, dass der Täter eine Leistung, z.B. die Auslieferung der Ware, erstrebe ohne zur Zahlung bereit zu sein<sup>13</sup>. Die Bereicherungsabsicht müsse sich nicht auf die Ware selbst beziehen<sup>14</sup>. Die Rechtsprechung wurde vom Bundesverfassungsgericht gebilligt<sup>15</sup>.

Nach Inkrafttreten des § 238 StGB n.F. bedarf es solcher Kunstgriffe nicht mehr. Dennoch bleibt es den Staatsanwaltschaften und Gerichten unbenommen die Verfahren geringerer Schuldenschwere und damit genau die Fälle, die nach der alten Rechtslage eingestellt wurden oder nicht zu erfassen waren, ebenfalls nach den §§ 153, 153a StPO einzustellen oder den Betroffenen auf den Privatklageweg zu verweisen. § 238 I StGB n.F. wurde nämlich ebenfalls als Privatklagedelikt ausgestaltet. Es ist daher gut möglich, dass die Gesetzesänderung nicht zu einer erhöhten Zahl an Verurteilungen führen wird.

Auf ein ganz anderes Problemfeld hat bereits zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens der Deutsche Richterbund hingewiesen<sup>16</sup>. Durch den Dauercharakter, der in der verabschiedeten Fassung über die Formulierung „beharrlich“ Eingang in den Gesetzestext gefunden hat, ist es denkbar, dass Taten, die nach Aufgabe der Rechtsprechung zur fortgesetzten Tat in Tatmehrheit nach § 53 StGB standen, nach neuer Gesetzeslage aufgrund einer tatbeständlichen oder juristischen Handlungseinheit nach § 52 StGB abgeurteilt werden müssen. Der beharrliche Stalker könnte demnach nach neuer Rechtslage im Strafmaß besser gestellt sein, als der Stalker nach alter Rechtslage. Besonders plastisch wird das Problem am Beispiel der Nötigung, deren Strafrahmen sich mit dem Strafrahmen des § 238 I StGB n.F. deckt. Wurde ein Stalker nach alter Rechtslage wegen zehn Nötigungshandlungen zu einer Gesamtstrafe verurteilt, bei der für jede Tat ein Strafrahmen von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe zur Verfügung stand, liegt nach neuer Rechtslage lediglich eine materielle, alle Stalkinghandlungen umfassende Tat vor. Der Strafrahmen ist daher insgesamt auf bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe beschränkt.

Ob § 238 StGB über die Figur der tatbeständlichen Handlungseinheit hinaus wie andere Dauerdelikte eine Klammerwirkung entfaltet, wird dogmatisch zu klären sein. Die Klammerwirkung hätte nämlich zur Folge, dass auch weitere Delikte, die sich gegen Dritte richten, während der Dauer des Stalkings zu einer materiellen Tat verbunden werden könnten.

Fazit: Selbst wenn die Einführung des § 238 StGB vielleicht nicht so notwendig war, wie durch die Opferschutzverbände und die Medien vermittelt wurde, und durch Rechtsprechung und Literatur noch zahlreiche Einzelfragen zu klären sind, so ist die klarstellende Wirkung der Norm doch zu begrüßen. Sie ermöglicht den Verzicht auf einige fragwürdige Hilfskonstruktionen oder bedenklich weite Auslegungen klassischer Tatbestände. Letzte Strafbarkeitslücken im Bereich der besonderen Absichten wurden geschlossen.

Die Signalwirkung des Tatbestands auf potentielle Stalker ist ebenfalls nicht zu unterschätzen. Manch ein Stalker erkannte möglicherweise gar nicht, dass sein Verhalten strafbares Unrecht verwirklicht, da ihm die Weite der Tatbestände und die rechtlichen Hilfskonstruktionen nicht bekannt waren. Die Hemmschwelle

## Am 30.11.2006 verabschiedete Fassung § 238 StGB – Nachstellung

- (1) Wer einem Menschen unbefugt nachstellt, indem er beharrlich
  1. seine räumliche Nähe aufsucht,
  2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ihm herzustellen versucht,
  3. unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt oder Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen,
  4. ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahe stehenden Person bedroht, oder
  5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt,  
und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, 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.
- (3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahe stehenden Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.
- (4) In den Fällen des Absatzes 1 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

andere Menschen zu belästigen, dürfte sich daher erhöhen.

Auch im Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts wurden durch die Klarstellung letzte Unstimmigkeiten, wie auf Stalker zu reagieren sei, beseitigt.

*Sönke Gerhold ist Diplom-Jurist (Universität Kiel).*

#### Fußnoten

- 1) Vgl. BR-Drs. 551/04.
- 2) Vgl. Gesetzentwurf des Bundesrates vom 18.03.2005 (BR-Drs. 551/04) und den Gesetzesentwurf des BMJ vom 10.08.2005 (BT-Drs. 15/5410).

- 3) Im BRatE wurde auf eine Handlung abgestellt, die abstrakt „geeignet ist, einen Menschen“ und nicht konkret das Opfer zu beeinträchtigen. Vgl. zur Kritik an den ersten Entwürfen auch: Stefan Caspari, <http://www.drb.de/?http://www.drb.de/pages/html/stellung/st-stalking.html>, Stand 20.02.2007.
- 4) Vgl. auch Dagmar Freudenberg, Vorschläge des Deutschen Juristinnenbundes für ein sinnvolles Vorgehen gegen Stalking, NK 3/05, S. 84 ff.
- 5) Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung; <http://dip.bundestag.de/btd/16/005/1600575.pdf>.
- 6) Vgl. Tröndle/ Fischer, § 203, Rn. 27 m.w.N.
- 7) Vgl. Tröndle/ Fischer, § 292, Rn. 11 ff.; Schöneke/ Schröder – Eser/ Heine, § 292, Rn. 5.
- 8) BT-Drs. 16/575; <http://dip.bundestag.de/btd/16/005/1600575.pdf>.
- 9) BT-Drs. 16/575; <http://dip.bundestag.de/btd/16/005/1600575.pdf>.
- 10) Vgl. zu diesem Absatz: BT-Drs. 16/575; <http://dip.bundestag.de/btd/16/005/1600575.pdf>.
- 11) Vgl. auch die Beispiele Fälle zu eingestellten Verfahren bei Volkmar von Pechstaedt, in: Stalking, Möglichkeiten und Grenzen der Intervention; Hrsg. Julia Bettermann; Seite 151 bis 156.
- 12) Urteil des LG Kiel vom 03. 03. 2006, AZ.: V Ns 18/06; Beschluss des Schleswig-Holsteinischen OLG vom 28.06.2006, AZ 2 Ss 70/06.
- 13) Urteil des LG Kiel vom 03. 03. 2006, AZ.: V Ns 18/06; Beschluss des Schleswig-Holsteinischen OLG vom 28.06.2006, AZ 2 Ss 70/06.
- 14) Beschluss des BVerfG vom 27.09.2006, AZ 2 BvR 16 03 / 06.
- 15) Vgl. <http://www.drb.de/?http://www.drb.de/pages/html/stellung/st-stalking.html>.

# Mindeststandards für den Jugendstrafvollzug

Das BVerfG hat dem Gesetzgeber mit seinem Urteil vom 31. Mai 2006 aufgegeben, bis Ende 2007 den Vollzug der Jugendstrafe auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen. Durch die Föderalismusreform sind nun die Länder für die Regelung des Strafvollzugs zuständig. Diese Ausgangssituation macht die Formulierung einheitlicher Mindeststandards für den Jugendstrafvollzug um so notwendiger. Die Häftlingsmorde von Siegburg und – drei Jahre vorher – Ichterhausen machen eindeutig die Wichtigkeit humarer Strafvollzugstandards deutlich.

Guter (Jugend-)Strafvollzug ist immer auch eine Ressourcenfrage. Wir sind der Überzeugung, dass der allgemeinen Sicherheit am besten gedient ist, wenn die begrenzten Ressourcen des (Jugend-)Strafvollzugs auf die wirklich schwerwiegenden Fälle konzentriert

werden. Neben der Jugendstrafe steht der Jugendstrafjustiz ein breites Spektrum an Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Diese müssen genutzt werden. Rückfallkriminalität würde so besser vermieden und die Integration der Betroffenen besser gefördert.

## 1 Eigenständige Jugendstrafvollzugsgesetze

Der Jugendstrafvollzug muss in einem eigenen, vollständigen Gesetz geregelt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat ausführlich die Besonderheit des Jugendstrafvollzugs begründet und daraus gefolgt, dass das Strafvollzugsgesetz nicht analog auf den Vollzug der Jugendstrafe angewendet werden kann. Die geforderte Eigenständigkeit geht verloren, wenn die unterschiedlichen Vollzugsarten in einem Gesetz geregelt werden. Durch gesetzesinterne Querverweise verlieren die Ge-

setze zudem erheblich an Verständlichkeit.

## 2 Vollzugsziel ist die Resozialisierung (Wiedereingliederung, Integration)

Der Jugendstrafvollzug ist an dem Ziel auszurichten, den Gefangenen zu befähigen, ein Leben in Freiheit ohne erneute Straffälligkeit zu führen. Dadurch dient der Vollzug zugleich der Sicherheit der Allgemeinheit (so hat es auch ausdrücklich das Bundesverfassungsgericht festgehalten). Sicherheit wird letztlich durch Rückfallverhinderung erreicht, die Rückfallverhinderung aber wird nicht dadurch optimiert, dass im Zweifel der Geschlossenheit und Restriktion Vorrang eingeräumt wird. Deshalb ist in der Gesetzesfassung darauf zu achten, dass das Resozialisierungsziel nicht durch andere Vollzugsziele oder -aufträge kontrariert wird, die den Anschein von Gleichrangigkeit erwecken.

## 3 Umfassende Beteiligung der Gefangenen

Die Gefangenen haben das Recht, an allen sie betreffenden Angelegenheiten beteiligt zu werden (Art.12 VN-Kinderrechtskonvention). Die Förder- & Erziehungsplanung ist daher unter aktiver Beteiligung des Gefangenen zu erarbeiten. Die Gefangenen sollen in die Lage versetzt werden, aktiv an der Gestaltung ihres Vollzugsalltags mitzuwirken.

## 4 Elternrechte wahren

Die verfassungsrechtlichen Elternrechte (Art.6 GG) werden durch den Vollzug der Jugendstrafe zwar eingeschränkt, aber nicht suspendiert (vgl. BVerfGE 107, 104, 119 = DVJJ-J 2003, 68, 71). Gerade in erzieherischen Belangen wie bspw. der Aufstellung der Förder- und Erziehungspläne ist den Eltern daher eine Mitsprachemöglichkeit einzuräumen. Sie sind nicht