

HeidelPräp!

Sommersemester 2016



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

# Strafrecht BT

Nachstellung, § 238 StGB

# I. Wortlaut des § 238 Abs. 1 StGB



(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einer anderen Person in einer Weise unbefugt nachstellt, die geeignet ist, deren Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen, indem er beharrlich

1. die räumliche Nähe dieser Person aufsucht,
2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu dieser Person herzustellen versucht,
3. unter missbräuchlicher Verwendung von personenbezogenen Daten dieser Person
  - a) Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für sie aufgibt oder
  - b) Dritte veranlasst, Kontakt mit ihr aufzunehmen, oder
4. diese Person mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit ihrer selbst, eines ihrer Angehörigen oder einer anderen ihr nahestehenden Person bedroht oder
5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt.



# I. Wortlaut des § 238 Abs. 1 StGB n.F. Gesetz v. 1.3.2017, BGBl. I 386

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einem **rm** **anderen Person** **Menschen** in einer Weise unbefugt nachstellt, die geeignet ist, deren Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen, indem er beharrlich

1. **seine** die räumliche Nähe dieser Person aufsucht,
2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ~~ihm~~ dieser Person herzustellen versucht,
3. unter missbräuchlicher Verwendung von ~~dessen~~ personenbezogenen Daten dieser Person
  - a) Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ~~ihn~~ sie aufgibt oder
  - b) Dritte veranlasst, ~~mit diesem~~ Kontakt mit ihr aufzunehmen, oder
4. ~~ihn~~ diese Person mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit **seiner** ihrer selbst, eines ihrer Angehörigen oder einer anderen ihm ihr nahestehenden Person bedroht oder
5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt.

~~und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt.~~



## II. Grundlagen (1/2)

- Schutzgut: Eigenständigkeit und Beeinträchtigungsfreiheit der Lebensführung (Recht in Ruhe gelassen zu werden)
  
- „Stalking“-Verhalten zuvor nur begrenzt strafbar: § 123 (Hausfriedensbruch), § 177 (sexuelle Nötigung), § 185 (Beleidigung), §§ 223 ff (Körperverletzung), § 240 (Nötigung), § 241 (Bedrohung), § 303 (Sachbeschädigung) sowie § 4 GewaltschutzG → **§ 238 StGB – Spezielle Regelung**
  
- Deliktscharakter:
  - „Eignungsdelikt“ bzw. „potentielles Gefährdungsdelikt“ (so der RegE)
  - 2007 bis 2017: verhaltensgebundenes Erfolgsdelikt (Verletzungsdelikt), nunmehr Änderung nach österreichischem Vorbild
  - Problem der alten Regelung: BGH: Vorschrift schützt weder die Überängstlichen noch die besonders Hartgesottenen / Strafbarkeit war von Opferverhalten abhängig / Strafbarkeit setzte unter Opferschutzgesichtspunkten viel zu spät ein



## II. Grundlagen (2/2)

- Häufig von der Tat betroffene Personengruppen
  - ❖ Frauen in Trennungssituationen, andere ehemalige Partner
  - ❖ Zurückgewiesene Verehrer
  - ❖ Prominente Personen des öffentlichen Lebens, z.B. Schauspieler
  - ❖ Ärzte, Rechtsanwälte etc., die Racheakten enttäuschter Patienten und Mandanten ausgesetzt sind (*Rengier*, BT II, § 26a Rn. 2)
  
- § 238 StGB ist ein (relatives) Antragsdelikt
  
- seit 2017 kein Privatklagedelikt mehr
  
- Keine Versuchsstrafbarkeit (vgl. aber § 238 Abs. 3 StGB)
  
- Idealkonkurrenz zu durch § 238 StGB begangenen Taten (auch: Verklammerung weit auseinanderliegender Taten, BGHSt 54, 189)

# III. Polizeiliche Kriminalstatistik zu § 238 StGB a. F.



Jahr	Ermittelte Tatverdächtige	Verurteilungen
2008	23.296	505
2009	23.247	561
2010	21.698	414
2011	20.492	378
2012	20.079	313
2013	19.775	236
2014	18.245	205

Damit Sinken der Verurteilungsquote – ausgehend von der Anzahl ermittelter Verdächtiger – von ca. 2 % auf ca. 1 %

# IV. Grundtatbestand und Qualifikationen



- Grundtatbestand, § 238 Abs. 1
  - Tathandlung
  - Unbefugtheit
  - Beharrlichkeit der Handlungsweise
  - Eignung **des Nachstellens** zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung
  
- Qualifikation, § 238 Abs. 2
  - Eintritt der Gefahr schweren Gesundheitsschädigung oder der Todes
  - Auch durch Handlungen des Opfers selbst (Tabletten- oder Alkoholabusus, Panikreaktionen etc.)
  
- Erfolgsqualifikation (§ 18), § 238 Abs. 3
  - Eintritt der schweren Folge (des Todes)
  - Versuchte Nachstellung mit Todesfolge?

# V. Objektiver Tatbestand



- Merkmal der **Unbefugtheit** – Nur unbefugtes Nachstellen ist tatbestandlich
  - Tatbestandsmerkmal
  - Scheidet aus bei konkludentem oder ausdrücklichem Einverständnis des Opfers

# V. Objektiver Tatbestand



- Tathandlung des § 238 Abs. 1 Nr. 1
  - Nr. 1: Aufsuchen der räumlichen Nähe
    - ❖ Verlangt eine gezielte physische Annäherung
    - ❖ Bspl.: Auflauern, Verfolgen, Vor-dem-Haus-Stehen, häufige Präsenz an Arbeitsplatz oder Wohnung
    - ❖ Problem: durch Unterlassen? Wortlaut spricht von Aufsuchen
    - ❖ Räumliche Nähe normativ im Hinblick auf die Gefährdung des Rechtsguts auszulegen
    - ❖ Entscheidend ist, ob Opfer unzumutbar belästigt wird
    - ❖ Nur Nr. 1 ist ein eigenhändiges Delikt

# V. Objektiver Tatbestand



- Tathandlung des § 238 Abs. 1 Nr. 2
- Nr. 2: Versuch der Kontaktaufnahme
  - ❖ Bereits Versuch der Kontaktaufnahme ist vollendete Tat (*unechtes Unternehmensdelikt*)
  - ❖ Versuch der Kontaktaufnahme mit Kommunikationsmitteln oder durch Dritte
    - Telekommunikationsmittel (§ 3 Nr. 22, 23 TKG)
    - Briefe, Zettel an der Windschutzscheibe des Pkw etc.
    - Ansprechen von Arbeitskollegen, Familie etc.
    - Nicht unmittelbarer Kontakt

# V. Objektiver Tatbestand



- Tathandlung des § 238 Abs. 1 Nr. 3
- Nr. 3: Missbräuchliche Datenverwendung
  - ❖ Personenbezogene Daten sind nach § 3 Abs. 1 BDSG Einzelangaben über die persönlichen und sachlichen Verhältnisse des Opfers
  - ❖ Daten müssen nicht gespeichert sein
  - ❖ Bestellungen sind Vertragsofferten an Händler etc.
  - ❖ Veranlassen Dritter zur Kontaktaufnahme: z.B. Aufgabe falscher Kontaktanzeige i.N. d. Opfers
  - ❖ Nicht erfasst: Falsche Traueranzeigen oder auch die vollständige Abwicklung eines Vertrages im Namen des Opfers

# V. Objektiver Tatbestand



- Tathandlung des § 238 Abs. 1 Nr. 4
- Nr. 4: Qualifizierte Drohung
  - ❖ Bedrohung im Sinne von § 241 StGB
  - ❖ jedoch nicht notwendig mit der Begehung eines Verbrechens
  - ❖ Bedrohung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit
    - des Opfers
    - oder Angehöriger / nahestehender Personen (, deren Bedrohung auch das Opfer als eigene Drucksituation empfindet)



## V. Objektiver Tatbestand

### ➤ Tathandlung des § 238 Abs. 1 Nr. 5

#### – Nr. 5: Vergleichbare Handlungen

##### ❖ Auffangtatbestand

❖ Verfassungsrechtlich nach nicht unbedenklich (Hinweis aus § 315b StGB, vgl. aber *W/H* Rn. 369e). Streichung im Regierungsentwurf 2016 anlässlich der Umwandlung der Norm in ein Eignungsdelikt geplant, wegen der Bedenken im Rahmen einer Expertenanhörung im Rechtsausschuss aber wieder fallen gelassen

##### ❖ Beispiele für „andere vergleichbare Handlungen“:

- unrichtige Anzeigen in Zeitungen
- Verbreiten von Gerüchten, insb. bei Freunden oder Kollegen
- Ständige Beobachtung (z.B. Fernglas oder Videoaufnahmen); Überwachung des Freundes- oder Bekanntenkreises
- Beschädigen von Fahrzeugen
- Das Deponieren ekelerregender Gegenstände (Kot, Tierkadaver, Buttersäure) in die Nähe des Opfers



## V. Objektiver Tatbestand

- **Beharrlichkeit der Handlungsweise (obj.-sub. Tatbestandsmk.)**
  - Wiederholtes oder andauerndes Verhalten
  - Nicht schon bloße Wiederholung ausreichend
  - In Tatbegehung muss vielmehr zum Ausdruck kommen:
    - ❖ besondere Hartnäckigkeit und
    - ❖ die Missachtung oder gesteigerte Gleichgültigkeit gegenüber den Interessen oder Wünschen des Opfers
    - ❖ und eine Absicht, die Handlungen mangels besserer Einsicht zu wiederholen (BGHSt 54, 189)
  - Daher nicht erfüllt bei sozialadäquatem Verhalten
    - ❖ Kontaktaufnahme getrennt lebender Eltern
    - ❖ Anmahnen fälliger Zahlungen
    - ❖ presserechtlich zulässiges Verhalten von Journalisten
  - BGH (St 54, 189): **Gesamtwürdigung** von objektiven Momenten der Zeit und subjektiven/normativen Elementen der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit, Mindestanzahl an Nachstellungshandlungen sei *nicht benennbar*



## V. Objektiver Tatbestand

- **Eignung des Nachstellens zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung (1/2)**
- Lebensgestaltung
  - ❖ Allgemein die Freiheit der menschlichen Entschlüsse und Handlungen
- Beeinträchtigung
  - ❖ Veränderung der Lebensumstände
  - ❖ kausal durch die Tathandlungen denkbar
- Schwerwiegend
  - ❖ im konkreten Kontext ins Gewicht fallende, gravierende und ernst zu nehmende Folgen,
  - ❖ gehen über die durchschnittlich, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Modifikation der Lebensgestaltung hinaus
  - ❖ Mm lässt schon erheblichen Druck ohne Änderung der Lebensumstände ausreichen (*Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029, 1034)



## V. Objektiver Tatbestand

- **Eignung des Nachstellens zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung (2/2)**
- Entscheidung über normative Abwägung, es soll ein objektiverer Maßstab gelten
- Nicht schwerwiegend: wenig gewichtige Maßnahmen der Eigenvorsorge
  - Einrichtung eines Anrufbeantworters
  - Einrichtung einer Fangschaltung
  - Änderung der E-Mail-Adresse
  - Beantragen von Maßnahmen nach GewaltschG
  - Lüften nur noch mit gekipptem Fenster
- Schwerwiegend: darüber hinausgehende Schutzvorkehrungen des Opfers
  - Verlassen der Wohnung nur noch in Begleitung
  - Wechsel des Arbeitsplatzes oder der Wohnung
  - Verdunkeln der Fenster der Wohnung



## VI. Subjektiver Tatbestand

- **Dolus eventualis** erforderlich hinsichtlich
  - Tathandlung
  - Tatbestandlicher Erfolg
    - ❖ Normatives Tatbestandsmerkmal
      - Sachkenntnis
      - Nachvollziehen der normativen Wertung nach Laienart, insbesondere bzgl. der Eignung des Nachstellens zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensumstände
  - Unbefugtheit der Handlung
    - ❖ Irrtum lässt Vorsatz entfallen
    - ❖ Umgekehrter Irrtum irrelevant wegen fehlender Versuchsstrafbarkeit

## VII. Konkurrenzen und „ne bis in idem“



**BGHSt 54, 189 zur alten Fassung:** § 238 StGB ist kein Dauerdelikt. Einzelne Handlungen des Täters, die erst in ihrer Gesamtheit zu der erforderlichen Beeinträchtigung des Opfers führen, werden jedoch zu einer **tatbestandlichen Handlungseinheit** zusammengefasst, wenn sie einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind. Anders als bei der natürlichen Handlungseinheit ist für diese sukzessive Tatbegehung kein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang des strafbaren Verhaltens zu fordern. Vielmehr können zwischen den einzelnen tatbestandsausfüllenden Teilakten erhebliche Zeiträume liegen.

**Mosbacher, NJW 2017, 983 (984):** § 238 StGB dürfte „weiterhin dahingehend zu verstehen sein, dass erst eine Zusammenschau verschiedener Einzelhandlungen im Sinne sukzessiver, sich kumulierender Tatbegehung die Eignung aufweisen muss, die Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen.“

**P bei Rezidivisten wg. Art. 103 Abs. 3 GG:** Darf bei der ersten neuen Tathandlung nach Verurteilung zur Feststellung der „Beharrlichkeit“ und der Eignung des Nachstellens zur Beeinträchtigung der Lebensgestaltung auf die abgeurteilten Taten Bezug genommen werden?



## VIII. Zur Vertiefung

### ➤ **Judikatur**

- BGHSt 54, 189-202 = NStZ 2010, 277
- OLG Rostock, OLGSt StGB § 238 Nr 1
- OLG Zweibrücken, OLGSt StGB § 238 Nr 2
- Brandenburgisches OLG, NStZ 2010, 519-520

### ➤ **Literatur zu § 238 StGB a.F (Auswahl)**

- *Heghmanns*, ZjS 2010, 269 ff.
- *Mitsch*, NJW 2007, 1237 ff.; NStZ 2010, 513 ff.
- *Mosbacher*, NStZ 2007, 665 ff.
- *Seher*, JZ 2010, 582 ff.
- *Valerius*, JuS 2007, 319 ff.

### ➤ **Zur Neuregelung vom 1.3.2017**

- <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Stalking.html>
- *Mosbacher*, NJW 2017, 983