

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A führt mit L eine mehrmonatige Beziehung. Nach der von L ausgehenden Trennung, die A nicht akzeptieren will, kommt es wiederholt zu erheblichen Auseinandersetzungen. L erwirkt daraufhin eine einstweilige Verfügung nach dem Gewaltschutzgesetz (GewSchG)<sup>2</sup> mit einem Kontaktaufnahme- und Annäherungsverbot.

A setzt sich im Folgenden jedoch bewusst über die Verfügung hinweg: Er ruft die L mehrfach an, klingelt an ihrer Wohnungstür, hält sich in der Nähe ihrer Wohnung auf und beobachtet sie.

Einmalig fängt er L auch auf dem Rückweg von ihrer Arbeit ab. Bei diesen Aufeinandertreffen bedroht er sie mit Körperverletzungen und dem Tode sowie damit, gewaltsam in ihre Wohnung einzudringen und beschimpft sie als „Nutte“ und „Hure“. Er stellt mehrmals klar, dass er nicht locker lassen und bei seinem Verhalten bleiben wird. In einem Zeitraum von etwas mehr als drei Monaten kommt es zu fünf Vorfällen dieser Art, jeweils in einem Abstand von ca. zwei bis sechs Wochen.

Da L die Drohungen ernst nimmt und Angst um ihr Leben hat, gibt sie große Teile ihrer Freizeitaktivitäten auf

<sup>1</sup> Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

<sup>2</sup> BGBl. 2001 I, S. 3513.

## August 2010 Nachstellungs-Fall

*Beharrlichkeit / Schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung / Deliktscharakter*

§ 238 StGB

### Leitsatz der Verfasser

1. Das Merkmal der „Beharrlichkeit“ erfordert objektive und subjektive Elemente, insbesondere eine Wiederholungsabsicht.
2. Die „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ muss objektivierbar vorliegen.
3. Es handelt sich bei § 238 nicht um ein Dauerdelikt. Der Tatbestand kann mehrere Nachstellungshandlungen zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit verknüpfen.

BGH, Beschluss vom 19. November 2009 – 3 StR 244/09; veröffentlicht in: BGHSt 54, 189; NStZ 2010, 277 ff; NRÜ 2010, 172 ff.

und verlässt die Wohnung abends nicht mehr. Um den A über ihre Anwesenheit zu täuschen, macht sie bei Dunkelheit kein Licht an. Außerdem verlässt sie ihre Arbeitsstätte nur noch unter besonderen Sicherheitsvorkehrungen und bemüht sich, nicht mehr allein auf die Straße zu gehen. In Folge ihrer Angst verliert sie erheblich an Gewicht.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

In der hier zu besprechenden Entscheidung<sup>3</sup> beschäftigt sich der BGH zum ersten Mal mit dem noch wenig bekannten Tatbestand der Nachstellung, § 238 StGB<sup>4</sup>. Mit dem Erlass dieser Norm soll einem gesellschaftlichen

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, in: NStZ 2010, 277.

<sup>4</sup> Alle folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

Norm soll einem gesellschaftlichen Problem begegnet werden, das umgangssprachlich als „Stalking“ bekannt ist. In den Strafrechtsordnungen anderer Länder finden sich schon länger entsprechende Regelungen; in Deutschland trat der Straftatbestand am 31.03.2007 in Kraft.<sup>6</sup> Zuvor wurden zwei Entwürfe diskutiert: Zum einen derjenige der Bundesregierung<sup>8</sup>, zum anderen der des Bundesrats<sup>9</sup>, wobei die endgültige Fassung, die vom Rechtsausschuss erstellt wurde, hauptsächlich auf dem Regierungsentwurf beruht.<sup>10</sup> Während der Bundesratsentwurf ein Eignungsdelikt mit den letztlich normierten Qualifikationen und der Generalklausel vorsah, wurden aus dem Regierungsentwurf die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt und die einzelnen Tathandlungen übernommen.

Der neue Tatbestand wurde in den 18. Abschnitt bei den Straftaten gegen die persönliche Freiheit eingeordnet. Sein Ziel ist es, Lücken des zivilrechtlichen GewSchG zu schließen und damit das Opfer vor der erzwungenen Beeinträchtigung seiner Lebensgestaltung besser zu schützen.<sup>11</sup>

Der Tatbestand setzt voraus, dass der Täter dem Opfer unbefugt nachstellt, indem er beharrlich eine oder mehrere der in den Nummern 1 – 5 aufgeführten Tatmodalitäten verwirklicht und dadurch die Lebensgestaltung des Opfers schwerwiegend beeinträchtigt. Zudem muss der Täter vorsätzlich handeln.

In der Literatur wurden bisher vor allem die Merkmale der „Beharrlichkeit“ und der „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ problematisiert:

Zur „Beharrlichkeit“ wird vertreten, dass es objektiv einer wiederholten Be-

gehung von Tathandlungen und subjektiv einer gesteigerten Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot und dem entgegenstehenden Opferwillen bedarf.<sup>12</sup> Nach einem anderen Verständnis soll eine rein objektive Betrachtungsweise genügen. Demnach sei ein beharrliches Nachstellen dann anzunehmen, wenn in der Tatbegehung eine besondere Hartnäckigkeit zum Ausdruck komme, die zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziere.<sup>13</sup>

Beim Merkmal der „schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ soll es nach einer einzelnen vertretenen Ansicht ausreichen, wenn das Opfer einen schwerwiegenden Druck auf die bisherige Art seiner Lebensgestaltung erfährt; eine Veränderung der Lebensumstände muss zu seiner Erfüllung nicht eintreten.<sup>14</sup> Unklar ist hierbei jedoch, ob die so verstandene Beeinträchtigung subjektiv oder objektiv zu beurteilen ist.

Mehrheitlich wird eine objektiv vorliegende, schwerwiegende, sowie unzumutbare und negative Veränderung der Lebensumstände des Opfers gefordert.<sup>15</sup>

Im Folgenden soll geprüft werden, ob die Handlungen des A unter § 238 I subsumiert werden können. Unproblematisch hat A die Nrn. 1 und 2 erfüllt, indem er versuchte, L in der Nähe ihrer Wohnung und auf dem Arbeitsweg anzutreffen und sie immer wieder anrief. Für den Versuch der Kontaktaufnahme gemäß § 238 I Nr. 2 genügt erst recht die erfolgreiche Kontaktaufnahme.<sup>16</sup> Zudem hat A durch die Drohungen mit Körperverletzung und Tod § 238 I Nr. 4

<sup>6</sup> BGBl. 2007 I, S. 354.

<sup>8</sup> BT-Drs. 16/575.

<sup>9</sup> BT-Drs. 16/1030.

<sup>10</sup> BT-Drs. 16/3641.

<sup>11</sup> BT-Drs. 16/3641, S. 1.

<sup>12</sup> Fischer, § 238 Rn. 19; Mitsch, Jura 2007, 401 (404f.); Valerius, JuS 2007, 319 (322).

<sup>13</sup> Mosbacher, NSTz 2007, 665 (666); Neubacher/Seher, JZ 2007, 1029 (1031f).

<sup>14</sup> Neubacher/Seher, JZ 2007, 1029 (1034).

<sup>15</sup> Gazeas, JR 2007, 497 (503); Kinzig/Zander, JA 481 (484); Valerius, JuS 2007, 319 (323).

<sup>16</sup> Fischer, § 238 Rn. 14.

verwirklicht. Die in Aussicht gestellten tatbestandsmäßigen empfindlichen Übel wurden von L auch ernst genommen. Die Beleidigungen als „Nutte“ und „Hure“ könnten darüber hinaus die Nr. 5 erfüllen.<sup>17</sup> Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

A hatte weder eine gesetzliche Erlaubnis noch war die L mit seinem Verhalten einverstanden. Außerdem müsste A beharrlich gehandelt haben. Die oben dargestellten unterschiedlichen Meinungen zur Auslegung der „Beharrlichkeit“ kommen im konkreten Fall zum gleichen Ergebnis. A handelte wiederholt und mit gesteigerter Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot und dem entgegenstehenden Opferwillen und erfüllte damit die objektiven und subjektiven Voraussetzungen beider Auffassungen.

Schließlich müsste die Lebensgestaltung der L durch die Handlungen des A schwerwiegend beeinträchtigt worden sein. Wiederum kommen die oben beschriebenen Meinungen zum selben Ergebnis. Ein schwerwiegender Druck auf die Lebensgestaltung ist erst recht gegeben, wenn er sich bereits in einer objektiv vorliegenden, schwerwiegenden Veränderung der Lebensumstände des Opfers niedergeschlagen hat. Eine solche Veränderung ist hier, insbesondere durch die Sicherheitsmaßnahmen, die Einschränkung der Freizeitaktivitäten und die Gewichtsabnahme, gegeben.

Subjektiv ist ein Vorsatz des A anzunehmen; insbesondere war ihm schon in Folge der einstweiligen Verfügung bewusst, dass er unbefugt handelte.

Weiterhin sind die §§ 185 und 241 erfüllt.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Bei dem Urteil handelt es sich um die erste Entscheidung des BGH zu § 238. Sie ist schon deshalb von grundsätzli-

cher Bedeutung. Laut BGH hat sich A gem. § 238 I Nrn. 1 und 2 in Tateinheit mit Bedrohung in fünf Fällen (§ 241), davon in zwei Fällen in Tateinheit mit Beleidigung (§ 185) strafbar gemacht.

Der BGH beschäftigt sich in der Entscheidung schwerpunktmäßig mit drei Fragestellungen: Der Auslegung der Tatbestandsmerkmale „beharrlich“ und „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ sowie der Deliktsnatur des § 238.

Nach dem BGH soll das Merkmal der „Beharrlichkeit“ die Deliktstypik des § 238 verdeutlichen und dazu dienen, noch sozialadäquates Verhalten von schon zu missbilligendem Verhalten abzugrenzen.<sup>18</sup> Aus einem Vergleich mit anderen Tatbeständen des StGB, in denen das Merkmal der Beharrlichkeit auftaucht, folgert der BGH, dass objektiv eine wiederholte Begehung von Nachstellungshandlungen erforderlich ist.<sup>19</sup> Dazu kämen subjektive und normative Elemente: Der Täter müsse in Kenntnis des entgegenstehenden Opferwillens und mit Wiederholungsabsicht handeln, wobei die besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot zum Ausdruck kommen müssten.<sup>20</sup> Daraus folge, dass die reine Wiederholung zwar notwendig, jedoch für sich genommen nicht ausreichend sei, um ein Verhalten als „beharrlich“ zu qualifizieren. Damit spricht sich der BGH gegen die in der Literatur vertretene Meinung aus, welche eine rein objektive Auslegung des Merkmals verlangt. Vielmehr sei eine Gesamtwürdigung im Einzelfall notwendig, bei der insbesondere der innere Zusammenhang und der zeitliche Abstand zwischen den Angriffen zu berücksichtigen seien.<sup>21</sup>

Laut BGH ist zur „schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ erforderlich, dass das Opfer durch das

<sup>17</sup> Fischer, § 238 Rn. 39; Jeßberger/Book, JuS 2010, 321 (323 f.).

<sup>18</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (278).

<sup>19</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (278).

<sup>20</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (278).

<sup>21</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (278).

Verhalten des Täters gezwungen wird, seine Lebensumstände zu verändern. Schwerwiegend sei die Veränderung aber nur, wenn sie zu gravierenden, ernst zu nehmenden Folgen führe, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgingen.<sup>22</sup> Der reine Druck auf die bisherige Art der Lebensgestaltung, der sich noch nicht in einer Veränderung niedergeschlagen habe, reiche demnach nicht aus.

Der dritte Schwerpunkt des Urteils betrifft die Deliktsnatur des § 238. Das Gericht diskutiert dabei zunächst, ob es sich um ein Dauerdelikt handelt und verneint dies im Ergebnis. Dabei wird aufgezeigt, dass der typische Charakter und die Tatbestandsstruktur der Nachstellung der Annahme eines Dauerdelikts entgegenstünden:<sup>23</sup> Nachstellungshandlungen schafften – im Gegensatz zu Handlungen bei Dauerdelikten – keinen andauernden rechtswidrigen Zustand, sondern stellten zeitlich getrennte, wiederholende Handlungen dar, die jeweils eine neue, intensivierte Beeinträchtigung der Lebensgestaltung herbeiführten.<sup>24</sup> Wäre es ein Dauerdelikt, müsste der rechtswidrige Zustand von Anfang an bestehen und durch die Tat handlungen nur aufrechterhalten werden. Tatsächlich entstehe der rechtswidrige Zustand bei § 238 aber erst mit Eintritt des Taterfolges, der durch wiederholte Angriffe herbeigeführt werde. Somit liege bei Vornahme der einzelnen Angriffshandlungen noch kein rechtswidriger Zustand vor, der aufrechterhalten werden könnte.<sup>25</sup>

Der Senat stellt ferner fest, dass der Tatbestand die einzelnen Handlungen zu einer tatbestandlichen Handlungs-

einheit verklammert, wenn sie einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind.<sup>26</sup> Hierbei stellt der BGH vor allem auf das Merkmal des „beharrlichen Nachstellens“ ab, das gerade ein wiederholtes Handeln und ein gewisses Maß an Dauerhaftigkeit voraussetzt.<sup>27</sup> Hinzu komme, dass auch der Taterfolg der „schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ typischerweise erst durch mehrere Angriffe herbeigeführt werden könne.<sup>28</sup> Letztendlich bildeten alle Handlungen des A gemeinsam nur eine Nachstellung iSd § 238 und nicht etwa jede einzelne Handlung eine eigene Nachstellung.

Verwirklichen einzelne Tathandlungen auch andere Delikte, können diese laut BGH in Tateinheit mit der Nachstellung stehen.<sup>29</sup>

#### **4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis**

Von grundlegender Bedeutung für Ausbildung und Praxis ist die Entscheidung schon deshalb, weil sich der BGH hier, wie erwähnt, erstmals mit der Auslegung von § 238 befasst. Wichtig ist außerdem die Klarstellung, dass es sich bei § 238 nicht um ein Dauerdelikt handelt.

In der Klausur sollte beachtet werden, dass es für das Merkmal der „Beharrlichkeit“ keine festlegbare Mindestanzahl an Nachstellungshandlungen geben kann, sondern vielmehr eine Einzelfallbetrachtung vom Bearbeiter vorzunehmen ist. Bei der Prüfung der „Beharrlichkeit“ muss sozialadäquates Verhalten ausgeschieden werden. Auch sollte der Bearbeiter nicht leichtfertig eine „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ annehmen. Diese muss objektiv vorliegen, der vom

<sup>22</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (279).

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, Rn. 29 (in NStZ 2010, 277 nicht abgedruckt).

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, Rn. 29.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, Rn. 29.

<sup>26</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (279 f.).

<sup>27</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (279).

<sup>28</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (279).

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, Rn. 32.

Opfer empfundene Druck reicht nicht aus.

Für die Praxis können sich Schwierigkeiten bei der Feststellung der subjektiven Elemente der Beharrlichkeit ergeben. Gelegentlich dürfte dem Täter nicht klar sein, dass er gegen den Willen des Opfers handelt, da er die Ablehnung des Opfers nicht wahrnimmt oder falsch interpretiert.

## 5. Kritik

Bei der Auslegung des § 238 orientiert sich der Senat eng an den Gesetzesmaterialien. Die Definitionen und Beispiele wurden ganz überwiegend daraus entnommen.

Diskussionswürdig erscheint der Umgang des Gerichts mit dem Merkmal der Beharrlichkeit: In Übereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien prüft der BGH die subjektiven Elemente der Beharrlichkeit, nämlich die Kenntnis des entgegenstehenden Opferwillens, die Wiederholungsabsicht und die rechtsfeindliche Einstellung des Täters.<sup>30</sup> Prüft man jedoch den Tatbestand weiter, tauchen diese Elemente nochmals bei der „Unbefugtheit“ auf. Auf diese muss sich nämlich der Vorsatz beziehen; der Täter muss wissen, dass er gegen den Willen des Opfers handelt und dass es für sein Handeln keine Erlaubnisnorm gibt. Insofern kommt es zu einer unnötigen Doppelung.<sup>31</sup> Der BGH folgt in seiner Auslegung jedoch der Gesetzesbegründung. Einzig die Wiederholungsabsicht findet sich nur beim Merkmal der „Beharrlichkeit“. Man kann sich aber, angesichts der bereits objektiv erforderlichen wiederholten Begehung, fragen, ob diese Absicht überhaupt eigenständige Bedeutung hat. Tatsächlich wird es wohl kaum Fälle geben, in denen eine objektiv vorhandene Wiederholung der Tathandlung ohne die vom BGH verlangte besondere Absicht er-

folgt. Legt man das Merkmal nach dem geschützten Rechtsgut – dem individuellen Lebensbereich – aus, scheint eine Wiederholungsabsicht auch nicht unbedingt notwendig. Die Beeinträchtigung des Opfers ergibt sich bereits aus der mehrfachen Vornahme der Kataloghandlungen und aus der Angst vor Wiederholung. Die Beeinträchtigung ist allerdings unabgänglich von der Absicht des Täters und folgt nur aus der Verwirklichung der objektiven Merkmale; denn allein diese kann das Opfer wahrnehmen. Deswegen müsste das Merkmal der „Beharrlichkeit“ – entgegen dem BGH – rein objektiv ausgelegt werden.

Bemerkenswert ist schließlich, dass der BGH seine Subsumtion auf die Nrn. 1 und 2 des § 238 beschränkt. Obwohl auch Drohungen und Beleidigungen von A ausgesprochen wurden, beschäftigt sich der BGH mit den einschlägigen Nrn. 4 und 5 überhaupt nicht.

Voraussetzung, um die Beleidigungen unter Nr. 5 subsumieren zu können, ist, dass sie den anderen Tathandlungen der Schwere nach entspricht.<sup>33</sup>

Man könnte jedoch nun argumentieren, dass die Beleidigungen den anderen Tatmodalitäten gegenüber, insbesondere den Drohungen in Nr. 4, ihrer Schwere nach nicht äquivalent sind, so dass eine Subsumtion vorliegend ausschiede. Dagegen spricht, dass in den Nrn. 1 und 2 sogar grundsätzlich sozialadäquates Verhalten pönalisiert wird, so dass erst recht nach §§ 185 ff. strafbares Verhalten – auch der BGH sieht eine Strafbarkeit nach § 185<sup>34</sup> – geeignet sein muss, eine schwerwiegende Lebensbeeinträchtigung herbeizuführen und damit vergleichbar ist.

<sup>30</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (278).

<sup>31</sup> Mosbacher, NStZ 2007, 665 (666); Neubacher/Seher, JZ 2007, 1029 (1032); Valerius, JuS 2007, 319 (322).

<sup>33</sup> Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (484); Valerius, JuS 2007, 319 (322).

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, S. 3

Der Grund, warum der BGH Nr. 5 nicht anspricht,<sup>35</sup> könnte sein, dass der Senat eine Diskussion der Verfassungsmäßigkeit des Auffangtatbestands vermeiden wollte, zu dessen Wortlaut Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit geäußert werden.<sup>36</sup> Hier hätte eine Festlegung für Klarheit gesorgt.

Zu begrüßen ist freilich, dass das Gericht die Deliktsnatur des § 238 eindeutig und nachvollziehbar festgestellt hat. Dies war insofern nötig, als dass sie in den Gesetzesmaterialien nicht bestimmt war.

In der Gesamtschau bleibt festzuhalten, dass die Entscheidung des BGH – vor allem durch die weitgehende Übernahme der Gesetzesbegründung – wenig „Neues“ oder „Überraschendes“ enthält.

Vor allem darin, dass die Auslegung der Merkmale des § 238 erstmals höchstrichterlich bekräftigt und teilweise präzisiert wurde, liegt die Bedeutung der Entscheidung für Ausbildung und Praxis.

(Aziz Epik / Swantje Maecker)<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, Rn. 16.

<sup>36</sup> Fischer, § 238 Rn. 17b; Gazeas, JR 2007, 497 (501); Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (485 f.); Neubacher/Seher, JZ 2007, 1029 (1033); Rackow, GA 2008, 552 (565 f.).

<sup>37</sup> Die Verfasser sind studentische Mitarbeiter an der Lichtenberg Professur für Internationales Strafrecht und Strafrechtsvergleichung, Prof. Dr. Florian Jeßberger, Humboldt-Universität zu Berlin.