

Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen

Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und
Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 09.11.2016

I. § 238 Abs. 1 StGB

Zu den in Aussicht genommenen Änderungen des **§ 238 Abs. 1 StGB** bemerke ich Folgendes:

1. Eignungsdelikt

Nicht angebracht erscheint es mir, die Strafbarkeit des Täters an die **Eignung** seines Handelns zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers zu knüpfen. Eine Verbesserung des Opferschutzes dergestalt, dass es nicht mehr auf die tatsächlich herbeigeführten Beeinträchtigungen bei dem Opfer ankommt, ist mit dieser Änderung nicht zu erreichen.

Ausgehend von der Formulierung des Gesetzentwurfs "*... in einer Weise nachstellt, die geeignet ist, deren Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen*" müsste bei einer entsprechenden Änderung zur Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand gefragt werden: Sind die Handlungen des Täters geeignet, die Lebensgestaltung des Opfers – und zwar gerade des konkreten Opfers – schwerwiegend zu beeinträchtigen?

Die Prüfung hat also nicht allgemein zu erfolgen, sondern bezieht sich auf die Person des angegriffenen Opfers. Entscheidend ist die Wirkung der Handlungen auf diese Person und nicht etwa auf irgendeinen "vernünftigen Dritten". Dabei ist zu differenzieren:

- Ist bei einem – standhaften und robusten – Opfer eine derartige tatsächliche Beeinträchtigung **nicht eingetreten**, muss auch die entsprechende **Eignung** der Handlungen des Täters **verneint** werden. Eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensverhältnisse des Opfers war nämlich im Hinblick auf dessen Wesensart mit dem in Frage stehenden Verhalten nicht zu erreichen. Dies dürfte in den Vorsatz des Täters aufgenommen worden sein.
- Ist eine Beeinträchtigung dagegen **festzustellen**, ist die Frage nach der **Eignung** der zugrundeliegenden Handlung zu **bejahen**. Bei dieser Konstellation kann für die Bestrafung des Täters problemlos der tatsächliche Erfolg seines Tuns als maßgeblich angesehen werden.

Das in dem Gesetzentwurf vorgesehene geringere Erfordernis der bloßen Eignung der Täterhandlung zur schwerwiegenden Beeinträchtigung des Opfers verringert also nicht die bei der Tatbestandsfeststellung auftretenden Probleme. Denn die Eignung kann bei den in Frage stehenden Sachverhalten **nicht als objektive, gleichsam (natur-)wissenschaftlich ermittelte Größe** festgestellt werden.

Wenn sich das konkrete Opfer nicht leicht beeindrucken lässt, kommt dies auch bei der in Aussicht genommenen Gesetzesänderung dem Täter zugute. Auch wenn dessen Verhalten die Lebensgestaltung eines „zarter besaiteten“ Opfers schwerwiegend beeinträchtigen würde, wäre ihm dies im konkreten Fall des widerstandsfähigeren Opfers nicht anzulasten.

Es erscheint angemessen, den Täter entsprechend den tatsächlichen Auswirkungen auf das konkrete Opfer zu bestrafen. Je nach Tatverhalten mit entsprechendem Taterfolg ist seine kriminelle Energie unterschiedlich zu beurteilen.

Fazit: Die Strafbarkeit des Täters sollte weiterhin an die tatsächlichen Auswirkungen seines Verhaltens (schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers) geknüpft werden.

2. Streichung des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Gegen die Streichung des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB erhebe ich Bedenken.

Auch wenn es nicht zu einer Strafbarkeitsausdehnung i.S.d. Gesetzentwurfs kommt, ist diese Auffangklausel kritisch zu betrachten. Vielfach wird vertreten, dass die Tatbestandsalternative „*eine andere vergleichbare Handlung vornimmt*“ gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt, weil die Vorschrift zu unbestimmt gefasst sei.¹

Würde man aber den Text zu Nr. 5 streichen, wäre eine Vielzahl von Tathandlungen nicht mehr als Nachstellung strafbar – etwa unrichtige Todes- und Heiratsanzeigen, Manipulationen in sozialen Medien (z.B. Auftreten unter dem Namen des Opfers), Verbringen Ekel erregender Sachen (Kot, Tierkadaver, Buttersäure) in den Bereich des Opfers.

Deshalb sollte anstelle der Streichung des Auffangtatbestands eine verfassungsgemäße Formulierung der Vorschrift gewählt werden.

So könnte zum einen § 238 Abs. 1 Nr. 3 StGB, der die missbräuchliche Verwendung personenbezogener Daten beinhaltet, wie folgt ergänzt und gefasst werden:²

- „3. unter missbräuchlicher Verwendung von personenbezogenen Daten dieser Person
- a) Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für sie aufgibt,
 - b) Dritte veranlasst, Kontakt mit ihr aufzunehmen,
 - c) sich in sozialen Medien als diese Person ausgibt,
 - d) unzutreffende öffentliche Mitteilungen über persönliche Verhältnisse dieser Person macht,“

¹ Schönke/Schröder/Eisele StGB, § 238 Rn. 23 m.w.N.

² Vorschlag Mosbacher, ZRP 2016, 161.

Als **Nr. 5** wäre etwa anzufügen:

„5. den Ekel dieser Person erregt durch Zuführen von Stoffen oder Verbringen von Gegenständen in ihre Nähe.“³

Diese Ergänzungen würden weiterhin dem Opferschutz dienen und die Verfassungsmäßigkeit der Norm gewährleisten.

II. Änderung des § 374 Abs. 1 StPO

Die **Streichung** des Delikts der Nachstellung aus dem Katalog der **Privatklagedelikte** (§ 374 Abs. 1 StPO) erscheint mir **nicht** erforderlich.

Entgegen der Entwurfsbegründung⁴ birgt die Einordnung als Privatklagedelikt nicht die Gefahr einer unangemessen täterfreundlichen Behandlung durch die Justiz. Die Staatsanwaltschaft wägt sorgsam ab, ob das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung besteht.

Für den Fall, dass es dem Opfer unzumutbar ist, die strafrechtliche Ahndung des Täters selbst herbeizuführen, weil es auf diese Weise wieder in Kontakt mit dem Täter kommen könnte, sieht **Nr. 86 Abs. 2 S. 2 RiStBV** die Annahme des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung auch dann vor, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus nicht gestört wurde.

Dem Opfer wird aber im Übrigen die Möglichkeit gegeben, selbst aktiv zu entscheiden, ob es auf eine Bestrafung des Täters hinwirken will. Dies sollte beibehalten werden.

III. § 214a FamFG i.V.m. § 4 S. 1 Nr. 2 GewSchG n. F.

Nach § 4 GewSchG ist nur der Verstoß gegen eine **gerichtliche Schutzanordnung** nach § 1 GewSchG strafbewehrt, nicht aber der Verstoß gegen eine entsprechende Verpflichtung, die der Täter in einem **Vergleich** übernommen hat. Diese Strafbarkeitslücke soll geschlossen werden, und zwar durch die Einführung der **gerichtlichen Bestätigung** von in Gewaltschutzverfahren geschlossenen Vergleichen sowie durch die **Erweiterung des § 4 GewSchG** auf Verstöße gegen Verpflichtungen aus einem gerichtlich bestätigten Vergleich.

Einer solchen Gesetzesänderung bedarf es jedoch nicht, da eine unvertretbare Lücke im Opferschutz in Wahrheit nicht gegeben ist:

- **Strafrechtlicher Schutz** ist meist im Hinblick auf die dem Gewaltschutzverfahren regelmäßig zugrundeliegende Straftat (etwa nach §§ 123, 223, 238, 240, 241 StGB) zu erreichen. § 4 GewSchG kommt insoweit nur eine geringe eigenständige Bedeutung zu.
- Überdies ist das Bedürfnis nach Bestrafung des Täters bei den meisten Opfern eher gering ausgeprägt. Vielmehr geht es diesen vordringlich um eine effektive **Abwehr der Nachstellungen**.

³ Vorschlag *Mosbacher*, a.a.O.

⁴ S. 1.

Insoweit bietet das **Zivilrecht** im Wege der **Zwangsvollstreckung** auch für den Vergleich ein umfangreiches Instrumentarium:

- Der Verletzte kann zum einen die Verhängung von **Ordnungsmitteln** beantragen (§ 95 Abs. 1 Nr. 4 FamFG i.V.m. § 890 ZPO). Diese haben strafähnlichen Charakter und vermögen den Täter bei konsequenter Anwendung oft stärker zu beeindrucken als ein vielfach langwieriges Strafverfahren. So können wiederholte, längere Zeit andauernde Verstöße gegen ein nach § 1 GewSchG verhängtes Kontaktverbot fast **zwei Jahre(!) Ordnungshaft** rechtfertigen.⁵ Hingegen ist der Ausgang eines Strafverfahrens bezüglich einer Verurteilung nach § 4 GewSchG wegen der von der Rechtsprechung aufgestellten Hürden⁶ eher ungewiss.
- Ferner kann das Opfer zur Beseitigung einer andauernden Zuwiderhandlung einen **Gerichtsvollzieher** zuziehen (**unmittelbarer Zwang**, § 96 Abs. 1 FamFG).⁷
- Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass das Opfer auf die in aller Regel bereits **existierende gerichtliche Schutzanordnung** zurückgreifen kann, wenn ihm an der Möglichkeit einer **Bestrafung** gerade nach **§ 4 GewSchG** gelegen ist. Insoweit scheint der Gesetzentwurf zu § 214a FamFG mit seiner Formulierung „...hätte anordnen können“ davon auszugehen, dass erst der abzuschließende Vergleich dem Verletzten Schutz vor Gewalt und Nachstellung gewähren kann. Tatsächlich jedoch hat das Familiengericht zum Zeitpunkt der Vergleichsverhandlungen ganz überwiegend schon im summarischen Verfahren eine das Opfer schützende Entscheidung getroffen und erst auf Antrag des Antragsgegners zur mündlichen Verhandlung geladen.⁸ Das Opfer kann also – jedenfalls bei unstreitigen oder nachgewiesenen Taten – im Hinblick auf die bereits bestehende Schutzanordnung einen **Vergleichsschluss ablehnen** und sich auf diese Weise die Option für einen Strafantrag nach § 4 GewSchG erhalten. Bei schwieriger Beweislage und der Gefahr einer Antragszurückweisung hingegen kann das Opfer als Antragsteller mit einem **Vergleich** und der Selbstverpflichtung des Antragsgegners⁹ Vorlieb nehmen und damit auf die (meist ohnehin aufzuhebende)

⁵ OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2013, 1 WF 47/13, FamRZ 2013, 1507.

⁶ Die Verurteilung setzt u.a. voraus, dass das **Strafgericht** die materielle Rechtmäßigkeit der Schutzanordnung überprüft und dabei deren tatbestandliche Voraussetzungen eigenständig feststellt (BGH, Beschluss v. 28.11.2013, 3 StR 40/13, FamRZ 2014, 559), ferner dass die – oft schwierige – **Zustellung** des Titels an den Antragsgegner ordnungsgemäß vorgenommen worden ist (BGH, Beschluss v. 3.2.2016, 1 StR 578/15, NStZ-RR 2016, 155).

⁷ Auch wenn diese Vorschrift nur die „**Anordnung**“ nach § 1 GewSchG erwähnt, kann nach überwiegender Auffassung die im **Vergleich** eingegangene Selbstverpflichtung des Täters dem gleichgestellt werden, vgl. *Bumiller/Harders*, FamFG, § 96 Rn. 2; *Keidel/Giers*, FamFG, § 96 Rn. 2; *Sieghörtner* in: Beck'scher Online-Kommentar FamFG, § 96 Rn. 2 m.w.N.; ausführlich *Cirullies/Cirullies*, Schutz bei Gewalt und Nachstellung, Rn. 252.

⁸ Die frühere Praxis mit regelmäßiger Terminanberaumung vor der Entscheidung hat sich mit Schaffung der selbständigen **einstweiligen Anordnung** nach § 49 FamFG und den Erleichterungen nach § 214 Abs. 1 FamFG grundlegend geändert. Ganz überwiegend ergeht eine einstweilige Schutzanordnung nach § 1 GewSchG im **schriftlichen Verfahren** aufgrund des glaubhaft gemachten Sachverhalts. Verhandlungstermin wird lediglich in Fällen eines unzureichenden Vortrags des Antragstellers oder bei Beantragung einer Wohnungsüberlassung (§ 2 GewSchG) anberaumt, dazu eingehend *Cirullies*, FamRZ 2016, 953.

⁹ In der Regel ohne Schuldeingeständnis („unter Aufrechterhaltung des bisherigen Vorbringens“).

Schutzanordnung verzichten. Eine gerichtliche Bestätigung nach § 214a FamFG nebst Bestrafungsmöglichkeit nach § 4 GewSchG käme dann kaum in Betracht.

Zieht das Opfer wiederum den Abschluss eines **Vergleichs** bewusst vor, weil dieser auch detaillierte Regelungen mit dem Ex-Partner ermöglicht (etwa zum Umgang mit den gemeinsamen Kindern oder zur Nutzung des Familienheims) und damit zur Befriedung beiträgt, bleibt immerhin die Bestrafung wegen anderer Taten möglich. Zudem kann von den aufgezeigten **zivilrechtlichen** „Waffen“ Gebrauch gemacht werden.¹⁰

Fazit: Eine echte Schutzlücke besteht für das Opfer von Gewalt und Nachstellung nicht. Sofern Verbesserungen angestrebt werden, können sie im **Zivilrecht** umgesetzt werden.¹¹ Das **Strafrecht** jedenfalls kann und soll nur die Ultima Ratio sein.

¹⁰ Insoweit kann auch eine **Vertragsstrafe** (dazu BGH, Beschluss v. 2.2.2012, I ZB 95/10, MDR 2012, 1060) vereinbart werden, die dem Gläubiger persönlich zusteht, während das Ordnungsgeld in die Landeskasse fließt.

¹¹ Hier sollte der Gesetzgeber u.a. **§ 96 Abs. 1 FamFG** dahin ändern, dass in Anlehnung an § 96a Abs. 1 FamFG der gerichtliche Vergleich der gerichtlichen Entscheidung gleichgestellt ist. So kann weiterer Streit in der Fachwelt und damit Unsicherheit für die Beteiligten bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs vermieden werden. Ähnlicher Klarstellungsbedarf besteht bei §§ 48 Abs. 1, 89 Abs. 2 FamFG.