

Entscheidungsanmerkung

Zur Auslegung der Nachstellung

1. Beharrliches Handeln im Sinne des § 238 StGB setzt wiederholtes Tätigwerden voraus. Darüber hinaus ist erforderlich, dass der Täter aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers in der Absicht handelt, sich auch in Zukunft entsprechend zu verhalten. Eine in jedem Einzelfall Gültigkeit beanspruchende, zur Begründung der Beharrlichkeit erforderliche (Mindest-)Anzahl von Angriffen des Täters kann nicht festgelegt werden.
2. Die Lebensgestaltung des Opfers wird schwerwiegend beeinträchtigt, wenn es zu einem Verhalten veranlasst wird, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte und das zu gravierenden, ernst zu nehmenden Folgen führt, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen.
3. § 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. (Amtliche Leitsätze)

StGB § 238 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09 (LG Lüneburg)¹

I. Hintergrund

Der Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) ist nach längeren und heftigen Diskussionen im Jahre 2007 eingeführt worden.² Im Schrifttum sieht er sich nach wie vor heftiger Kritik ausgesetzt, die sowohl seine kriminalpolitische Notwendigkeit in Abrede stellt als auch die konkrete Regelung als verunglückt angreift.³ In der Praxis erfreut sich die Straf-

bestimmung hingegen zunehmender Beliebtheit.⁴ Die Zahl von 505 Verurteilungen im Jahre 2008 liegt nicht mehr weit unter den entsprechenden Werten beispielsweise der Erpressung nach § 253 StGB oder des Stromdiebstahls nach § 248c StGB.⁵ Bislang fand man allerdings wenige veröffentlichte Entscheidungen⁶ und darunter auch nur zwei obergerichtliche.⁷ Deren Aussage lautete überwiegend, das entscheidende Merkmal des tatbestandlichen Erfolgs in § 238 StGB, die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensverhältnisse des Opfers, sei eng auszulegen und an objektiven Kriterien zu messen. Durch subjektive (Über-)Ängstlichkeit motivierte oder subjektiv überbewertete Lebensbeschränkungen blieben außer Acht. Vor diesem Hintergrund durfte man von der hier vorzustellenden ersten BGH-Entscheidung zu der Thematik eine wegweisende Wirkung erwarten, zumal sie neben dem Erfolgsmerkmal auch die tatbestandlich verlangte Beharrlichkeit des Nachstellens sowie die zeitliche Tatausdehnung thematisiert. Diese Erwartung hat sie zumindest teilweise eingelöst.

II. Zum Sachverhalt

Neben einigen Raub-, Widerstands- und Sachbeschädigungshandlungen hatte der Angeklagte zusätzlich seine ehemalige Freundin L in erheblichem Maße belästigt und bedroht. Nach Ende der Beziehung erwirkte L deswegen gegen ihn eine einstweilige Verfügung nach dem Gewaltschutzgesetz⁸, keinen Kontakt zu ihr aufzunehmen und sich ihr nicht näher als auf 100 m zu nähern. Gleichwohl kam es zwischen Ende März 2008 und Anfang Juli 2008 an fünf Tagen zu weiteren Kontaktaufnahmen durch den Angeklagten. Er klingelte an ihrer Haustür, fing sie auf dem Weg ab, beobachtete sie per Fernglas und rief sie an einigen dieser Tage mehrfach an. Dabei äußerte er jeweils Todesdrohungen verschiedenster Art. Unter dem Eindruck dieser Vorkommnisse gab L ihre Freizeitaktivitäten teilweise auf, verließ abends ihre Wohnung nicht mehr und schaltete dort auch kein Licht an, um ihre Abwesenheit vorzutäuschen. Für ihre Wege zur Arbeit ergriff sie besondere Sicherungsvorkehrungen und bemühte sich, nicht alleine auf der Straße zu sein.

III. Die Entscheidung

Die Strafkammer des LG Lüneburg hatte den Angeklagten erstinstanzlich zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren

¹ Abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.

² Eingeführt im 40. StrÄG, BGBl. I 2007, S. 354. Ein erster Gesetzentwurf wurde vom Land Hessen bereits im Jahre 2004 eingebracht, vgl. BR-Drs. 551/04. Zur Gesetzesgenese vgl. *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 f.

³ *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 668 und CD 20-01; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 16 Rn. 9 („Karikatur“); *Weber*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 9 Rn. 105 („kein Muster an Bestimmtheit“); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 238 Rn. 6b; *Gazeas*, JR 2007, 497 (505); *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1036); *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (487); *Valerius*, JuS 2007, 319 (324); *Eiden*, ZIS 2008, 123 (125 f.); *Rackow*, GA 2008, 552 (560 f., 567).

⁴ Dazu die anschauliche Darstellung der staatsanwaltlichen Praxis von *Peters*, NStZ 2009, 238.

⁵ Strafverfolgungsstatistik 2008, S. 34 ff.

⁶ Außer den in Fn. 7 Genannten sind dies u.a. LG Heidelberg, Urt. v. 6.5.2008 – 2 KLS 22 Js 6935/07, über juris abrufbar; LG Lübeck SchIHA 2008, 213, mit Besprechung *Jahn*, JuS 2008, 553; AG Löbau StV 2008, 646.

⁷ OLG Rostock OLGSt StGB § 238 Nr. 1; Besprechung von *Jahn*, JuS 2010, 81; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 175 (Ls.).

⁸ Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz – GewSchG) v. 11.12.2001 (BGBl. I 2001, S. 3513); abrufbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gewschg/gesamt.pdf>; Kurzdarstellung bei *Eiden*, ZIS 2008, 123 (125).

sechs Monaten verurteilt; für die von ihr angenommenen fünf Nachstellungsfälle (in Tateinheit mit Bedrohung, z.T. auch mit Beleidigung) hatte sie allerdings nur Einzelgeldstrafen von jeweils 30 Tagessätzen verhängt. Auf die Revision des Angeklagten änderte der BGH den Schuldspruch, hielt an der Gesamtfreiheitsstrafe indes fest. Neben anderen, hier nicht interessierenden Korrekturen an der Ausgangsentscheidung sah der *Senat* die geschilderten Nachstellungen nicht als fünf, sondern als eine Tat an, für die er sodann eine einzige Einzelgeldstrafe von 30 Tagessätzen festsetzte.

1. Tatbestandlicher Erfolg: Die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung

Nadelöhr des § 238 StGB ist das Erfolgserfordernis der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, das deshalb auch in der Fallbearbeitung sinnvollerweise an den Anfang gestellt werden sollte.⁹ Schwer fällt es bereits, den schillernden Begriff der Lebensgestaltung näher zu erklären. Der *Senat* versteht als Lebensgestaltung – unter unzutreffender Zitierung der Gesetzesbegründung – „ganz allgemein die Freiheit der menschlichen Entschlüsse und Handlungen.“¹⁰ In den Materialien ist der Begriff ebenso wenig definiert worden und man kann nur angesichts der demgegenüber reichlich geschilderten Folgen, die Nachstellungen verursachen können, ahnen, worum es gehen mag: Die Definition der Rahmenbedingungen, unter denen ein Mensch sein alltägliches Leben verbringt. Dazu zählen so unterschiedliche Umstände wie die Bestimmung des Wohnortes und der Arbeitsstelle, der Lebensrhythmus vom Aufstehen bis zum Zubettgehen, die Freizeitgestaltung, die Bestimmung des üblichen Verkehrsmittels und vieles mehr.¹¹ Mit Freiheit hat dies erst einmal wenig zu tun, denn unter Lebensgestaltung fällt schließlich auch die fremdbestimmte Lebensgestaltung, beispielsweise eines Strafgefangenen. Die Freiheit der Lebensgestaltung mag dann zu den Schutzgütern von § 238 StGB zählen; für die Auslegung des Erfolgsmerkmals hilft der Rekurs auf sie nicht. Wird eine Beeinträchtigung der Lebensgestaltung gesucht, so ist vielmehr ein schlichter Vergleich der Lebensumstände vor und nach der Nachstellung (unter Berücksichtigung des Kausalitätserfordernisses) vorzunehmen. Wenn der Tatbestand in diesem Kontext das Wort „beeinträchtigt“ verwendet, so impliziert das zudem eine Veränderung zum Schlechteren.

Die eigentlich schwierige Frage ist, wann die möglicherweise festgestellten Veränderungen ausreichend „schwerwiegend“ erscheinen. Der Rechtsausschuss hatte seinerzeit die

⁹ Vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 3), § 16 Rn. 10; *Peters*, NStZ 2009, 238 (241).

¹⁰ BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, Rn. 22. Die anschließend zitierte Fundstelle aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 16/575, S. 7) thematisiert hingegen den Begriff des Nachstellens und passt daher nicht. Ebenso ungenau freilich bereits *Wolters*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 120. Lfg., Stand: November 2009, § 238 Rn. 4.

¹¹ Ähnlich *Fischer* (Fn. 3), § 238 Rn. 22.

Formel der „ins Gewicht fallende[n], gravierende[n] und ernst zu nehmende[n] Beeinträchtigungen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen erheblich und objektivierbar hinausgehen“ geprägt.¹² Viele Worte, die wenig ausdrücken! Nur zweierlei Handfesteres mag man dem entnehmen: Zum einen eine normative Komponente in Gestalt des Zumutbaren,¹³ welche freilich die weitere Frage nach den Grenzen dessen aufwirft, was etwa im Zuge eines emotionalen Beziehungsendes (noch) zuzumuten ist. Zum anderen das Erfordernis einer Objektivierbarkeit, was subjektive Überbewertungen einzelner Lebensumstände ausschließt: Ein Opfer, für den eine Welt zusammenbricht, wenn es die Stammkneipe wechseln muss, genießt eben mangels objektivierbar erheblicher Beeinträchtigung der Lebensgestaltung noch nicht den Schutz des § 238 StGB. Hilfreicher waren da schon die Beispiele, die im Gesetzgebungsverfahren genannt wurden. Schwerwiegend seien der Wechsel von Arbeitsplatz oder Wohnung oder wenn das Opfer seine Wohnung nur noch in Begleitschutz verlässt. Demgegenüber genügte die obligatorische Umleitung von Telefonanrufen auf einen Anrufbeantworter oder das Einrichten einer Fangschaltung noch nicht.¹⁴

Betrachtet man nun den Leitsatz des *Senates*, so erkennt man mit Ernüchterung, dass er demgegenüber nichts Neues enthält und lediglich aus den Materialien abgeschrieben wurde. Eine nähere Auseinandersetzung mit weiterführenden Entwürfen im Schrifttum¹⁵ ist unterblieben. In den Entscheidungsgründen sucht man gleichfalls vergebens nach näheren Konkretisierungen – mit einer, freilich konkret entscheidungserheblichen Ausnahme: Zu den Beispielen erheblicher Beeinträchtigungen gesellt der *Senat* das Verdunkeln der Fenster der Wohnung hinzu, mit (nur teilweise zutreffenden) Belegen¹⁶ aus Materialien, Rechtsprechung und Kommentie-

¹² BT-Drs. 16/3641, S. 14.

¹³ Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Zumutbarkeit im ursprünglichen Entwurf des § 238 StGB neben der Erheblichkeit der Beeinträchtigung enthalten war und der Rechtsausschuss das Merkmal „aus Klarstellungsgründen“ gestrichen hatte, vgl. BT-Drs. 16/3641, S. 14.

¹⁴ Gesetzentwurf, BT-Drs. 16/575, S. 8; dem folgend *Fischer* (Fn. 3), § 238 Rn. 23 f.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 238 Rn. 2; *Sonnen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, § 238 Rn. 45.

¹⁵ Vgl. *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1034, Blick auf die Stärke des ausgeübten Täterdruckes, nicht auf die Wirkungen desselben beim Opfer); *Peters*, NStZ 2009, 238 (241, wertende Abgrenzung der Freiheitssphären); *Mrosk*, NJ 2009, 416 (419), und *Jahn*, JuS 2010, 81 (82, Zumutbarkeit, in besonnener Selbstbehauptung standzuhalten); *Weinitschke*, Rechtsschutz gegen Stalking de lege lata et ferenda, 2009, S. 162 f. („social death“).

¹⁶ *Wolters* (Fn. 10), § 238 Rn. 6. Unzutreffend dagegen die Verweise auf BT-Drs. 16/575, das OLG Hamm (NStZ-RR 2009, 175) und auf *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 238 Rn. 2. Nicht vom BGH zitiert, aber ebenso bei Verdunkelung der Woh-

rungen.¹⁷ Da die von der Strafkammer festgestellten anderen Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung von L nicht so recht zu den allenthalben genannten Beispielen passten (zu den Sicherungsvorkehrungen beim Verlassen der Wohnung blieb die Ausgangsentscheidung anscheinend vage), sah sich der *Senat* zur Begründung eines Nachstellungserfolges offenbar genötigt, die nächtliche Wohnungsverdunkelung dem Wechsel von Wohnung oder Arbeitsplatz gleichzustellen.

Das Ergebnis im konkreten Fall mag man für richtig halten; gleichwohl erscheinen zwei Warnungen für künftige Subsumtionsversuche angezeigt: So dramatisch es erstens klingt, wenn ein Stalkingopfer nächtens seine Wohnung verdunkelt, so wenig überzeugend geriete das Etikett „schwerwiegend“, geschähe dies nur über einen kurzen Zeitraum an einem oder wenigen Abenden. Stets bedarf es also einer zusätzlichen quantitativen Komponente, zu der sich der *Senat* nicht näher äußert, vielleicht, weil sie evident vorlag. Zweitens summierten sich bei L die Verhaltensänderungen, weshalb die Quantität auch aus dem Zusammenwirken mehrerer, je für sich vielleicht noch nicht schwerwiegender Beeinträchtigungen folgen könnte.¹⁸ Dieser Kumulationseffekt mag die Verurteilung mitgetragen haben. Man sollte also vorsichtig sein, in späteren Fällen alleine auf eine Wohnungsverdunkelung zu setzen.

2. Die Beharrlichkeit der Nachstellungshandlungen

Die Beharrlichkeit der in § 238 Abs. 1 Nrn. 1-5 StGB geschilderten Nachstellungshandlungen sollte nach der Gesetzesbegründung sowohl Wiederholung als auch Missachtung des entgegenstehenden Willens des Opfers beinhalten und u.a. die Funktion besitzen, sozialadäquates Verhalten auszublenzen (wie z.B. legitime Versuche der Kontaktaufnahme zum ehemaligen Partner, um Absprachen über den Umgang mit einem gemeinsamen Kind zu treffen).¹⁹ Bei Lichte betrachtet taugt das Merkmal dazu freilich nichts, denn gerade in dem zitierten Beispiel will nicht recht einleuchten, wieso Wiederholung und Missachtung des Opferwillens auch dann sozialinadäquat sein müssten, wenn sich das „Opfer“ seinerseits sozialinadäquat verhält und dem „Täter“ rechtswidrig und grundlos eine Umgangsregelung verweigert. Die Funktion des Beharrlichkeitsmerkmals geht daher wohl alleine dahin, die subjektive TäterEinstellung als gleichgültig gegenüber dem Opferwillen zu charakterisieren, während die Frage einer Legitimität des Nachstellens anderweitig geklärt werden muss (z.B. über die Frage des Zumutbaren im Rahmen des Nachstellungserfolges oder über eine Rechtfertigung, auf

nung eine schwerwiegende Beeinträchtigung bejahend *Reingier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 26 Rn. 11.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, Rn. 22

¹⁸ Zur Kumulation vgl. *Fischer* (Fn. 3), § 238 Rn. 24; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 369h; *Valerius*, JuS 2007, 319 (324); kritisch *Peters*, NStZ 2009, 238 (241).

¹⁹ Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/575, S. 7; ebenso *Sonnen* (Fn. 14), § 238 Rn. 42; *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (484).

die das Merkmal „unbefugt“ hinweist).²⁰ Folgerichtig wurden bislang auch vor allem subjektive Täterkriterien (Gleichgültigkeit gegenüber dem Willen des anderen, Absicht weiterer Wiederholung) genannt, auf deren Vorliegen anhand objektiver Umstände zu schließen sei (mehrfache Nachstellungshandlungen, enger zeitlicher Abstand, Abmahnung durch das Opfer).²¹ Das öffnet den Tatbestand allerdings in objektiver Hinsicht: Lässt sich die geforderte subjektive, von Gleichgültigkeit gegenüber den Opferinteressen geprägte TäterEinstellung bereits anderweitig feststellen, bedarf es der vielfachen Belästigung des Opfers (die an sich das klassische Modell darstellt, welches Anlass für die Gesetzgebung war²²) nicht mehr. Konsequenz sind Entscheidungen wie diejenige des LG Lübeck, bereits zwei telefonische Drohungen im Abstand von fünf Monaten genügten zur beharrlichen Nachstellung.²³ Das lässt auch die Kritik verständlich erscheinen, angesichts der erforderlichen Gesamtwürdigung geriete das Merkmal der Beharrlichkeit zu einem wenig bestimmten Begriff ohne klare Kriterien.²⁴ Die Alternative, das subjektive Element auszublenden und Beharrlichkeit alleine objektiv zu verstehen (i.S. ausdauernder Wiederholung und Intensität der Einzelakte),²⁵ führt indes kaum weiter. Denn auch hierbei bliebe es beim Erfordernis, mehrere Faktoren (Anzahl, Zeitfolge, Intensität) im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zueinander in Beziehung zu setzen, was in etlichen Fallgestaltungen zu keinen vorher sicher einschätzbaren Subsumtionsresultaten führen wird.

Der *Senat* sieht die Funktion des Beharrlichkeitskriteriums zunächst darin, *einzelne*, für sich genommen sozialadäquate Handlungen vom unerwünschten Stalking abzugrenzen.

²⁰ *Wolters* (Fn. 10), § 238 Rn. 15; *Mosbacher*, NStZ 2007, 665 (666).

²¹ *Fischer* (Fn. 3), § 238 Rn. 19 f.; *Wessels/Hettinger* (Fn. 18), Rn. 369f; *Valerius*, JuS 2007, 319 (322); *Gerhold*, Neue Kriminalpolitik 2007, 2; *Gazeas*, JR 2007, 497 (502); *Stadtler*, Stalking – Nachstellung, 2009, S. 295 ff.; ähnlich *Mosbacher*, NStZ 2007, 665 (666), der aber statt auf Gleichgültigkeit auf Hartnäckigkeit abstellt, weil Stalker häufig aus Zuneigung zum Opfer handelten und ihm nicht gleichgültig gegenüberstünden.

²² Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/575, S. 6 („fortwährende Verfolgung durch vielfältige Handlungen“). Zum Phänomen des Stalking eingehend *Smischek*, Stalking, 2006, S. 51-123; *Stadtler* (Fn. 21), S. 29 ff.

²³ LG Lübeck SchlHA 2008, 213; *Jahn*, JuS 2008, 553. In dem fraglichen Fall hatte der Angeklagte etwa ein Jahr vor den Drohanrufen mit dem Pkw versucht, die Geschädigte zu überfahren. Ähnlich die (sodann vom OLG Hamm [NStZ-RR 2009, 175] mangels erheblicher Beeinträchtigung aufgehobene) unveröffentlichte Entscheidung des AG Detmold v. 11.7.2008 – 2 Ds 23 Js 970/07, wo zweimaliges Randalieren vor dem Hintergrund einer längeren, aber im Einzelnen nicht mehr aufkläreren Vorgeschichte genügte.

²⁴ *Fischer* (Fn. 3), § 238 Rn. 19; *Weber* (Fn. 3), § 9 Rn. 112; *Mitsch*, NJW 2007, 1240; *Jahn*, JuS 2008, 553.

²⁵ So *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1032).

zen.²⁶ Mit dieser Abweichung zur Gesetzesbegründung, die – wie erwähnt – explizit auch wiederholte Annäherungsversuche als potenziell sozialadäquat ansah,²⁷ dehnt er freilich die Strafbarkeit keineswegs aus, denn wenig später betont er, eine wiederholte Täterhandlung sei zwar notwendige Voraussetzung, genüge für sich genommen aber keineswegs. Vielmehr bedürfe es einer Handlung aus Missachtung des entgegenstehenden Willens des Opfers oder aus Gleichgültigkeit seinen Wünschen gegenüber. Der Beharrlichkeit sei „immanent, dass der Täter uneinsichtig auf seinem Standpunkt besteht und zäh an seinem Entschluss festhält, obwohl ihm die entgegenstehenden Interessen des Opfers bekannt sind. Die erforderliche ablehnende Haltung und gesteigerte Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot manifestieren sich darin, dass der Täter den vom Opfer ausdrücklich oder schlüssig geäußerten Willen bewusst übergeht.“²⁸ Relativiert man eine winzige Kleinigkeit dieser Aussage, weil gesetzliches Verbot und Opferwillen nicht deckungsgleich sein müssen²⁹ und es daher auf der Ebene der einzelnen Nachstellungshandlungen, auf die sich die Beharrlichkeit sprachlosig nur bezieht, (vorerst) alleine um den Opferwillen gehen kann, so bleibt anstelle der bislang drohenden schwammigen Gesamtwürdigung ein „hartes“ und daher auch forensisch operationalisierbares Kriterium übrig: Das Opfer hat sich gegen die Nachstellungen zu verhalten. Es muss einen „ausdrücklich oder schlüssig geäußerten Willen“ gegenüber dem Täter kundtun.³⁰ Das nur dulddende, ausweichende Opfer wird damit zwar nicht geschützt, aber im Interesse der Vermeidung von Strafen für schlichte Missverständnisse ist es völlig richtig, das sozialetische Unwerturteil der Strafe nur gegenüber demjenigen auszusprechen, dem man begründet vorhalten kann, er habe gewusst, dass sein Zielobjekt seine Nachstellungen ablehne (und nicht etwa nur kokettiere oder sich gar noch mehr Aufmerksamkeit wünsche, wie sonst die manchmal vorgeschobenen, vielleicht aber auch einmal nachvollziehbaren Ausreden des Nachstellenden lauten könnten). Diese Auslegung durch den *Senat* ist aber nicht nur praktikabel. Sie steht auch mit dem Wortsinn besser in Einklang als alle Alternativen. Denn „Beharren“ setzt im Unterschied zum „Wiederholen“ notwendigerweise einen Widerstand voraus, den es zu überwinden gilt, indem man ausharrt, auf seinem Willen beharrt oder eben beharrlich nachstellt. Der *Senat* hatte in der Folge auch keine Schwierigkeiten, die Beharrlichkeit gegenüber L festzustellen, die gegen den Angeklagten sogar eine einstweilige Verfügung nach § 1 GewSchG erwirkt und damit überdeutlich ihren Wunsch

kundgetan hatte, er möge sich weiterer Annäherungen enthalten.³¹

Es genügt dem *Senat* in geeigneten Fällen schon die einmalige Wiederholung, um zur Beharrlichkeit zu gelangen.³² Dies mag angesichts des gesetzgeberischen Leitbildes³³ zunächst befremden und man mag – auch in Anbetracht des bereits dem „Nachstellen“ innewohnenden Moments von Dauerhaftigkeit³⁴ – versucht sein, den Tatbestand erst bei einer größeren Anzahl von Nachstellungshandlungen in Erwägung zu ziehen.³⁵ Gleichwohl kann sich der *Senat* auf eine gewisse systematische Logik des Tatbestandes berufen: Wenn einerseits die Beharrlichkeit mit dem Kriterium des Überwindens von Widerstand weniger Quantität als Qualität der Täterhandlung beschreibt und falls andererseits die massiven Handlungsfolgen bereits nach wenigen Täteraktionen vorliegen, so will nicht recht einleuchten, warum es nun noch weiterer Wiederholungen bedürfen sollte, bevor das bereits beeinträchtigte Rechtsgut endlich auch strafrechtlichen Schutz erfährt. Zudem ließen sich für wie gegen jede mögliche Grenze oberhalb der erstmaligen Wiederholung gute Gründe anführen. Argumentativ wäre es letztlich kaum zu vermitteln, warum beispielsweise schon drei und nicht erst vier oder warum mindestens fünf und nicht sechs Nachstellungshandlungen erforderlich sein sollten.

Ein weiterer Aspekt, den der *Senat* – wenn auch nur in einem Nebensatz – als weiteren Bestandteil der Beharrlichkeit benennt, erscheint demgegenüber problematisch und obendrein entbehrlich, nämlich die Täterabsicht, „sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten.“³⁶ Dies zu verlangen, schlosse eine Bestrafung dort aus, wo der Täter nach mehrfachen Nachstellungshandlungen schließlich von weiterer Verfolgung seines Opfers ablässt. Soll damit etwa alles vergeben und vergessen sein? Das Kriterium einer Wiederholungsabsicht führte faktisch dazu, einen gesetzlich nicht vorgesehenen Fall des Rücktritts vom vollendeten Delikt einzuführen und zudem, die Strafbarkeit alleine präventiv zu begründen: Wo keine Gefahr mehr für das Opfer droht, droht andererseits dem Täter keine Strafe mehr. Das bliebe schlussendlich nicht mehr als schlichte polizeiliche Gefahrenabwehr; eine Ahndung der bis dahin verwirklichten Täterschuld fände nicht mehr statt.³⁷

²⁶ BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, Rn. 20; unter Berufung auf *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (484).

²⁷ Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/575, S. 7.

²⁸ BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, Rn. 20.

²⁹ Das hat *Rackow*, GA 2008, 552 (564), schon überzeugend dargetan, denn selbstverständlich seien das Zusenden von Briefen oder das Vor-dem-Haus-Stehen nicht *gesetzlich* verboten.

³⁰ *Heghmanns* (Fn. 3), CD 20-01 (dort Rn. 10).

³¹ BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, Rn. 21.

³² BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, Rn. 25.

³³ Siehe dazu Fn. 22.

³⁴ *Fischer* (Fn. 3), § 238 Rn. 9.

³⁵ So etwa *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (484) unter Berufung auf einen vorherigen Entwurf des Bundesrates, BT-Drs. 16/1030, S. 7; ähnlich *Valerius*, JuS 2007, 319 (322); *Mitsch*, NJW 2007, 1240; *Jahn*, JuS 2008, 553.

³⁶ BGH, Beschl. vom 19.11.2009 – 3 StR 244/09, Rn. 20.

³⁷ Kritisch auch *Weinitschke* (Fn. 15), S. 144, der darauf verweist, es hätte dem Gesetzgeber ggf. freigestanden, eine solche Absicht explizit im Tatbestand zu verankern.

3. Deliktcharakter, Tatungrenzung und Konkurrenzthematik

Mit seinem dritten Leitsatz hat der *Senat* verdeutlicht, dass § 238 StGB kein Dauerdelikt darstellt, weil es nicht (wie etwa bei der Freiheitsberaubung) darum geht, einen rechtswidrigen Zustand herbeizuführen und dann ununterbrochen aufrecht zu erhalten.³⁸ Vielmehr führt der Täter einen einheitlichen tatbestandlichen Erfolg, die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, (ähnlich dem Körperverletzungserfolg durch aufeinander folgende Schläge) sukzessive durch voneinander getrennte Handlungen herbei, die je für sich dazu nicht in der Lage wären und erst summiert das Rechtsgut beeinträchtigen.³⁹ Daher verwirklicht er – im Sinne tatbestandlicher Handlungseinheit – durch mehrere Nachstellungshandlungen § 238 StGB nur ein einziges Mal.⁴⁰ Diese zutreffende Sichtweise war zwar im Schrifttum schon bislang vorherrschend,⁴¹ wurde aber, wie nicht zuletzt die Ausgangsentscheidung zeigt, nicht allorts akzeptiert.⁴²

Die zugleich verwirklichten (mehrfachen) Beleidigungen und Bedrohungen sollen durch das einheitliche Nachstellungsgeschehen sodann auch zueinander zu einer Tateinheit i.S.v. § 52 StGB verklammert werden.⁴³ Warum der *Senat* hier an der Bedrohung festhält und sie gegenüber der ja zugleich verwirklichten Handlungsvariante nach § 238 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht als subsidiär zurücktreten lässt, wie teilweise gefordert wird,⁴⁴ erläutert er leider nicht. Immerhin ist § 241 StGB in § 238 Abs. 1 Nr. 4 StGB in der Variante der Drohung mit einer „Verletzung von Leben“ notwendigerweise enthalten und vermag insoweit kein weitergehendes Unrecht zu kennzeichnen, was aus Klarstellungsgründen im Urteilstenor ausgedrückt werden müsste. Vielmehr droht hier die doppelte Bestrafung desselben Unrechts (wenngleich man im konkreten Fall angesichts der geringen Geldstrafe für die Nachstellung insoweit keine Sorge zu haben braucht, der Angeklagte sei unangemessen benachteiligt worden).

IV. Gesamtbewertung

Die Entscheidung ist einen wichtigen Schritt gegangen, indem sie das Kriterium des geäußerten entgegenstehenden Willens des Opfers in das Merkmal der Beharrlichkeit hineingelesen hat. Die Fallbearbeitung im strafrechtlichen Gutachten steht damit auf einem etwas tragfähigeren Grund.

Die Klarstellung des Deliktcharakters ist gleichfalls zu begrüßen, während die Chance vertan wurde, die Erfolgsbeschreibung der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung zu präzisieren. Hier droht nun vermutlich eine zu Unübersichtlichkeit und Unvorhersehbarkeit führende kasuistische Rechtsprechung, welche einzelnen Opferreaktionen schwer wiegen und welche nicht. Für die Begutachtung heißt dies, die einschlägigen Entscheidungen zu kennen bzw. zu finden; für dort noch nicht behandeltes Opferverhalten wird man der eigenen argumentativen Phantasie vertrauen müssen.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

³⁸ BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, Rn. 29.

³⁹ BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, Rn. 30.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, Rn. 31.

⁴¹ *Fischer* (Fn. 3), § 238 Rn. 39; *Weber* (Fn. 3), § 9 Rn. 119; *Weinitschke* (Fn. 15), S. 180 ff.; *Gazeas*, JR 2007, 497 (503 f.); *Valerius*, JuS 2007, 319 (323 f.); *Gerhold*, Neue Kriminalpolitik 2007, 2 (3).

⁴² Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, 665 (669 f.), der nach erstmaligem Erreichen des Taterfolges weitere Nachstellungshandlungen in Tatmehrheit zur (bis dahin einheitlichen) Tatbestandsverwirklichung sieht; ähnlich *Stadler* (Fn. 21), S. 289 f., 345 f.

⁴³ BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, Rn. 32.

⁴⁴ *Weber* (Fn. 3), § 9 Rn. 120; *Heghmanns* (Fn. 3), CD 20-01 (dort Rn. 15); für Tateinheit dagegen *Fischer* (Fn. 3), § 238 Rn. 39.