

26.04.21**Empfehlungen
der Ausschüsse**

R - FJ - In

zu **Punkt ...** der 1004. Sitzung des Bundesrates am 7. Mai 2021

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches -
effektivere Bekämpfung von Nachstellungen und bessere
Erfassung des Cyberstalkings****A.**

Der **federführende Rechtsausschuss (R)** und
der **Ausschuss für Innere Angelegenheiten (In)**
empfehlen dem Bundesrat,

zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

In 1. Zu Artikel 1 (§ 238 Absatz 1 StGB)

Der Bundesrat begrüßt den vorliegenden Gesetzentwurf und stimmt mit der Bundesregierung in dem Erfordernis einer Strafbewehrung von Nachstellungen in sozialen Medien sowie im Internet überein.

Der Bundesrat hat jedoch Bedenken, ob mit dem Ersatz des Tatbestandsmerkmals „beharrlich“ durch „wiederholt“ beziehungsweise des Tatbestandsmerkmals „schwerwiegend“ durch „nicht unerheblich“ in § 238 Absatz 1 StGB-E die Anwendung der Strafnorm erleichtert wird.

Der Bundesrat bittet daher, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob mit Blick auf die bereits zu § 238 StGB ergangene Rechtsprechung ein Festhalten an dem Tatbestandsmerkmal „schwerwiegend“ gegenüber der Einführung eines alternativen unbestimmten Rechtsbegriffs vorzugswürdig ist und ob durch die Einführung des Tatbestandsmerkmals „wiederholt“ anstelle von „beharr-

lich“ die Gefahr einer Kriminalisierung eines noch sozialadäquaten Verhaltens zu befürchten steht.

Begründung:

Der Wegfall des Tatbestandsmerkmals der Beharrlichkeit, das ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 28 Absatz 1 StGB darstellt, vermag zwar den Tatnachweis erleichtern, schießt aber möglicherweise über das gewünschte Ziel hinaus, indem durch die beabsichtigte Neuregelung auch ein noch sozialadäquates Verhalten (zum Beispiel das zweimalige Aufsuchen oder Anrufen des früheren Partners) bereits tatbestandlich erfasst werden könnte.

Inwieweit jedoch das Tatbestandsmerkmal „nicht unerheblich“, das aufgrund der doppelten Verneinung das Verständnis der Norm erschwert und ansonsten nur im Kontext von Sachbeschädigung und Straftaten gegen die Umwelt (§ 304 Absatz 2 und § 329 Absatz 3 StGB) im StGB Verwendung findet, griffiger sein soll als das bisherige Tatbestandsmerkmal „schwerwiegend“, erschließt sich weder aus der Gesetzesbegründung noch aus dem vorgenannten Evaluierungsbericht. Die Ersetzung eines unbestimmten Rechtsbegriffes durch einen anderen dürfte eher das Gegenteil zur Folge haben, da die zu § 238 StGB ergangene Rechtsprechung nur teilweise auf die Neufassung übertragbar wäre und zudem zu allfälligen Abgrenzungsschwierigkeiten führen könnte. Das wiederum könnte die Handhabung der Norm in der strafrechtlichen Praxis eher erschweren denn erleichtern.

R
In 2. Zu Artikel 1 (§ 238 Absatz 1 Nummer 5 StGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, inwieweit die Regelung des Gesetzentwurfs in § 238 Absatz 1 Nummer 5 im Interesse eines effektiven Opferschutzes einer Ausdehnung auf weitere Fälle des Ausspärens mit technischen Mitteln bedarf.

Begründung:

Der Gesetzentwurf sieht vor, in § 238 Absatz 1 Nummer 5 StGB eine neue Tatmodalität der Nachstellung zu regeln. Mit dieser Regelung werden die Fälle erfasst, dass der Täter zulasten des Nachstellungsopfers oder einer diesem nahestehenden Person eine Tat nach § 202a StGB begeht. Die Tatvariante soll nach der Gesetzesbegründung die Fälle erfassen, in denen der Täter sich durch schlichtes Erraten von Passwörtern, durch Einsatz von Hacking-Methoden oder sogar sogenannter Stalkingware unbefugten Zugang zu Daten des Opfers verschafft.

Diese Sachverhalte lassen sich als digitale Erscheinungsform der Fälle des Aufsuchens von Nähe nach § 238 Absatz 1 Nummer 1 StGB einordnen. Auch

...

derartiges Verhalten ist darauf angelegt - und sei es auch nur heimlich -, Kontakt zu dem Opfer herzustellen, es auszuforschen und in dessen Leben "einzudringen". Die ausdrückliche Erfassung dieser Fälle ist zu begrüßen. Allerdings schöpft die vorgeschlagene Regelung in Nummer 5 den Regelungsbedarf nicht aus.

Zu prüfen ist vielmehr, ob als Tatvariante auch weitere Fälle des unbefugten Erhebens oder Sichverschaffens personenbezogener Daten des Opfers oder einer diesem nahestehenden Person zu erfassen sind. Die bisher vorgesehene Regelung ist sehr restriktiv, da sie sich allein auf Fälle des Ausspähens von Daten nach § 202a StGB beschränkt. Dadurch erfasst die vorgesehene Regelung insbesondere nicht die Konstellationen, in denen der Täter das Opfer mit Abhörgeräten, GPS-Trackern oder Drohnen ausspäht und ihm auf diese Weise nachstellt. Es erscheint insbesondere nicht einsichtig, warum zwar die Fälle des Ausspähens von Daten gemäß § 202a StGB erfasst werden, nicht jedoch die des Abfangens von Daten gemäß

§ 202b StGB, obwohl der Eingriff in die persönliche Sphäre hier häufig von vergleichbarem Gewicht ist.

Durch eine weitergehende Fassung der Tatmodalität könnte auch die Ungeheimtheit der vorgeschlagenen Tatvariante vermieden oder jedenfalls abgemildert werden, dass Fälle der Nachstellung, denen (auch) das Ausspähen von Daten gemäß § 202a StGB zugrunde liegt, dem gleichen Strafrahmen unterliegen wie das Ausspähen der Daten selbst, obwohl das durch § 238 StGB vertypete Unrecht in diesen Fällen ersichtlich höher ist. Hinzu kommt, dass mehrere bislang in Tatmehrheit stehende Fälle des § 202a Absatz 1 StGB durch § 238 Absatz 1 Nummer 5 StGB-E zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst werden würden, was die Anwendbarkeit von § 52 StGB und damit eines geringeren Sanktionsrahmens zur Folge hätte.

Ausgangspunkt für eine Diskussion über eine solche weitergehende Erfassung von ausspähendem Verhalten des Täters könnte etwa folgende Neuregelung sein:

"5. unter Verwendung technischer Mittel oder von Passwörtern sich unbefugt Zugang zu personenbezogenen Daten dieser Person oder einer ihr nahestehenden Person verschafft oder unbefugt derartige Daten erhebt,".

Die Regelung würde insbesondere die oben genannten weiteren Fälle erfassen und vermeiden, die gleichzeitige Begehung einer Tat nach § 202a StGB zur Voraussetzung ihrer Anwendung zu machen. In der Folge einer entsprechenden Änderung wäre auch eine Anpassung der Regelung des Gesetzentwurfs in § 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 5 StGB-E in den Blick zu nehmen, insbesondere auch eine Erstreckung auf Fälle des Abfangens von Daten gemäß § 202b StGB.

3. Hauptempfehlung zu Ziffer 4

Zu Artikel 1 (§ 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 3, 4 StGB)

In Artikel 1 sind in § 238 Absatz 2 Satz 2 die Nummern 3 und 4 durch folgende Nummer zu ersetzen:

R
In
bei
Annahme
entfällt
Ziffer 4

...

- „3. dem Opfer durch eine Vielzahl von Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens vier Monaten nachstellt und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt,“

Begründung:

Der Gesetzentwurf sieht vor, die derzeit in § 238 Absatz 2 StGB enthaltene Qualifikationsvorschrift unter Beibehaltung der erhöhten Strafandrohung in eine Regelung besonders schwerer Fälle umzuwandeln und zudem zu erweitern. Für die Fälle andauernden Nachstellungsverhaltens sieht der Gesetzentwurf in den Nummern 3 und 4 von Satz 2 gleich zwei Regelungen vor. Nummer 3 erfasst die Fälle, in denen der Täter dem Opfer durch täglich oder nahezu täglich begangene Tathandlungen nach Absatz 1 über einen Zeitraum von mindestens vier Monaten nachstellt. Nummer 4 erfasst die Fälle, in denen der Täter dem Opfer durch eine Vielzahl von Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens neun Monaten nachstellt.

Die beiden Regelbeispiele werden durch die hier vorgeschlagene Änderung in einer einzigen Regelung sach- und praxisgerecht zusammengeführt. Zugleich werden Defizite bei der Ausgestaltung dieser Regelbeispiele vermieden.

So trägt die im Gesetzentwurf in § 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 3 vorgeschlagene Regelung den Bedürfnissen der Praxis nicht Rechnung. Die Feststellung von im Durchschnitt 121 Tathandlungen in vier Monaten wird in der Praxis kaum möglich sein oder zumindest einen unangemessenen Aufwand für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte, aber auch die Opfer mit sich bringen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Opfer von Nachstellung die Tat oftmals erst nach einer gewissen Dauer zur Anzeige bringen und häufig zu tagesgenauen und nachweisbaren Angaben zu einzelnen Handlungen nicht in der Lage sind.

In einigen Fällen der in § 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 4 vorgeschlagenen Regelung führt der dort erfasste Fall hartnäckigen Täterverhaltens hingegen erst dazu, den Tatbestand des § 238 Absatz 1 StGB bejahen zu können. Auch ergibt sich angesichts der erforderlichen, immerhin neunmonatigen Dauer der Nachstellungshandlungen die Problematik, dass sich die Strafverfolgungsbehörden gehalten sehen könnten, den Ablauf dieses Zeitraums vor Erhebung der öffentlichen Klage abzuwarten, was dem Opferschutzinteresse zuwiderlaufen kann.

Vorzugswürdig ist demgegenüber eine Zusammenführung der beiden Regelbeispiele in einer einzigen Regelung dergestalt, dass darin sowohl ein zeitliches Moment als auch ein "Schwere"-Kriterium enthalten ist. Für die Festlegung des zeitlichen Moments sind vier Monate erforderlich, aber auch ausreichend, da in einer Vielzahl von Nachstellungshandlungen, die sich über (mindestens) einen derartigen Zeitraum erstrecken, bereits eine besondere Hartnäckigkeit zum Ausdruck kommt. Hat dieses Verhalten eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers zur Folge, wie sie noch das frühere Recht (bis 2017) in seiner Ausgestaltung als Erfolgsdelikt gefordert hat, ist auch das zu fordernde "Schwere"-Kriterium erfüllt.

...

R
entfällt
bei
Annahme
von
Ziffer 3

4. Hilfsempfehlung zu Ziffer 3

Zu Artikel 1 (§ 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 3, 4 StGB)

In Artikel 1 sind in § 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 3 und 4 durch folgende Nummer zu ersetzen:

„3. dem Opfer durch eine Vielzahl von Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten nachstellt und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt,“

Begründung:

Der Gesetzentwurf sieht vor, die derzeit in § 238 Absatz 2 StGB enthaltene Qualifikationsvorschrift unter Beibehaltung der erhöhten Strafandrohung in eine Regelung besonders schwerer Fälle umzuwandeln und zudem zu erweitern. Für die Fälle andauernden Nachstellungsverhaltens sieht der Entwurf in den Nummern 3 und 4 von Satz 2 gleich zwei Regelungen vor. Nummer 3 erfasst die Fälle, in denen der Täter dem Opfer durch täglich oder nahezu täglich begangene Tathandlungen nach Absatz 1 über einen Zeitraum von mindestens vier Monaten nachstellt. Nummer 4 erfasst die Fälle, in denen der Täter dem Opfer durch eine Vielzahl von Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens neun Monaten nachstellt.

Die beiden Regelbeispiele werden durch die hier vorgeschlagene Änderung in einer einzigen Regelung sach- und praxisgerecht zusammengeführt. Zugleich werden Defizite bei der Ausgestaltung dieser Regelbeispiele vermieden.

So trägt die im Gesetzentwurf in § 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 3 vorgeschlagene Regelung den Bedürfnissen der Praxis nicht Rechnung. Die Feststellung von im Durchschnitt 121 Tathandlungen in vier Monaten wird in der Praxis kaum möglich sein oder zumindest einen unangemessenen Aufwand für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte, aber auch die Opfer mit sich bringen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Opfer von Nachstellung die Tat oftmals erst nach einer gewissen Dauer zur Anzeige bringen und häufig zu tagesgenauen und nachweisbaren Angaben zu einzelnen Handlungen nicht in der Lage sind.

In einigen Fällen der in § 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 4 vorgeschlagenen Regelung führt der dort erfasste Fall hartnäckigen Täterverhaltens hingegen erst dazu, den Tatbestand des § 238 Absatz 1 StGB bejahen zu können. Auch ergibt sich angesichts der erforderlichen, immerhin neunmonatigen Dauer der Nachstellungshandlungen die Problematik, dass sich die Strafverfolgungsbehörden gehalten sehen könnten, den Ablauf dieses Zeitraums vor Erhebung der öffentlichen Klage abzuwarten, was dem Opferschutzinteresse zuwiderlaufen kann.

Vorzugswürdig ist demgegenüber eine Zusammenführung der beiden Regelbeispiele in einer einzigen Regelung dergestalt, dass darin sowohl ein zeitliches Moment als auch ein "Schwere"-Kriterium enthalten ist. Für die Festlegung des zeitlichen Moments sind sechs Monate erforderlich, aber auch ausreichend, da

...

in einer Vielzahl von Nachstellungshandlungen, die sich über ein halbes Jahr erstrecken, bereits eine besondere Hartnäckigkeit zum Ausdruck kommt. Hat dieses Verhalten eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers zur Folge, wie sie noch das frühere Recht (bis 2017) in seiner Ausgestaltung als Erfolgsdelikt gefordert hat, ist auch das zu fordernde "Schwere"-Kriterium erfüllt.

R
bei
Annahme
entfällt
Ziffer 6

5. Zu Artikel 1 (§ 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 4a – neu –,
Satz 3 – neu – StGB)

In Artikel 1 ist § 238 Absatz 2 wie folgt zu ändern:

a) In Satz 2 ist nach Nummer 4 folgende Nummer einzufügen:

„4a. innerhalb der letzten fünf Jahre wegen einer Tat nach Absatz 1 oder nach § 4 des Gewaltschutzgesetzes rechtskräftig verurteilt worden ist,“

b) Folgender Satz ist anzufügen:

„In die in Satz 2 Nummer 4a bezeichnete Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist.“

Begründung:

Der Gesetzentwurf sieht vor, die derzeit in § 238 Absatz 2 StGB enthaltene Qualifikationsvorschrift unter Beibehaltung der erhöhten Strafandrohung in eine Regelung besonders schwerer Fälle umzuwandeln und zudem zu erweitern. Der Katalog der Regelbeispiele für besonders schwere Fälle bedarf allerdings noch der Ergänzung um weitere, praktisch bedeutsame Anwendungsfälle erhöhten Unrechts.

Dem dient die vorgeschlagene Strafschärfung für Wiederholungstäter. Diese Personengruppe hat für den Bereich der Nachstellung angesichts des häufig obsessiven Strebens der jeweiligen Täter eine besondere Bedeutung. Wer innerhalb von fünf Jahren nach rechtskräftiger Verurteilung wegen Nachstellung erneut eine Nachstellungstat begeht, bringt mit seinem Handeln regelmäßig eine gesteigerte Auflehnung gegen die Rechtsordnung und eine nachhaltige Missachtung der Opferbelange zum Ausdruck, die eine erhöhte Strafe verdient. Gleiches gilt auch für den Täter, der bereits in der Vergangenheit wegen einer Tat nach § 4 des Gewaltschutzgesetzes rechtskräftig verurteilt worden ist.

Für die Berechnung der Fünf-Jahres-Frist werden Zeiten nicht berücksichtigt, in denen der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Dies entspricht vergleichbaren Regelungen im Strafgesetzbuch.

...

In
entfällt
bei
Annahme
von
Ziffer 5

6. Zu Artikel 1 (§ 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 4a – neu –, Satz 3 – neu – StGB)

Artikel 1 § 238 Absatz 2 ist wie folgt zu ändern:

a) In Satz 2 ist nach Nummer 4 folgende Nummer einzufügen:

„4a. innerhalb der letzten fünf Jahre wegen Nachstellung rechtskräftig verurteilt worden ist,“

b) Folgender Satz ist anzufügen:

„In die in Satz 2 Nummer 4a bezeichnete Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist.“

Begründung:

Der STGB-E sieht vor, die derzeit in § 238 Absatz 2 StGB enthaltene Qualifikationsvorschrift unter Beibehaltung der erhöhten Strafandrohung in eine Regelung besonders schwerer Fälle umzuwandeln und zudem zu erweitern. Der Katalog der Regelbeispiele für besonders schwere Fälle bedarf allerdings noch der Ergänzung um weitere, praktisch bedeutsame Anwendungsfälle erhöhten Unrechts.

Dem dient die vorgeschlagene Strafschärfung für Wiederholungstäter. Diese Personengruppe hat für den Bereich der Nachstellung angesichts des häufig obsessiven Strebens der jeweiligen Täter eine besondere Bedeutung. Wer innerhalb von fünf Jahren nach rechtskräftiger Verurteilung wegen Nachstellung erneut eine Nachstellungstat begeht, bringt mit seinem Handeln regelmäßig eine gesteigerte Auflehnung gegen die Rechtsordnung und eine nachhaltige Missachtung der Opferbelange zum Ausdruck, die eine erhöhte Strafe verdient.

Für die Berechnung der Fünf-Jahres-Frist werden Zeiten nicht berücksichtigt, in denen der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Dies entspricht vergleichbaren Regelungen im Strafgesetzbuch.

R
In

7. Zu Artikel 1 (§ 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 4a – neu – StGB)

In Artikel 1 ist nach § 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 4 folgende Nummer einzufügen:

„4a. bei einer Tathandlung nach Absatz 1 zugleich einer in § 4 Satz 1 des Gewaltschutzgesetzes bezeichneten Anordnung oder einer dort genannten Verpflichtung aus einem Vergleich zuwiderhandelt,“

...

Begründung:

Der Gesetzentwurf sieht vor, die derzeit in § 238 Absatz 2 StGB enthaltene Qualifikationsvorschrift unter Beibehaltung der erhöhten Strafandrohung in eine Regelung besonders schwerer Fälle umzuwandeln und zudem zu erweitern. Der Katalog der Regelbeispiele für besonders schwere Fälle bedarf allerdings noch der Ergänzung um weitere, praktisch bedeutsame Anwendungsfälle erhöhten Unrechts.

Dem dient die vorgeschlagene Strafschärfung für solche Täter, die mit ihrem Nachstellungshandeln zugleich einer in § 4 Satz 1 des Gesetzes zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz - GewSchG) bezeichneten (vollstreckbaren) Anordnung oder Verpflichtung zuwiderhandeln.

Wo das Opfer von Nachstellung die schützenden Regelungen des Gewaltschutzgesetzes in Anspruch nimmt und sich an das Familiengericht wendet, vollzieht es einen wichtigen Schritt, um sich gegen den nachstellenden Täter zur Wehr zu setzen. Die durch das Familiengericht erlassenen Anordnungen oder die von diesem in einem Vergleich bestätigten Verpflichtungen können ihre Schutzwirkung aber nicht entfalten, wenn sich der nachstellende Täter hiervon nicht beeindrucken lässt. Mit der Missachtung einer solchen Anordnung oder Verpflichtung begeht der Täter Unrecht, das über die Begehung einer – gleichzeitig verwirklichten – Nachstellungstat hinausreicht. Er offenbart damit eine Einstellung, die von einer besonderen Gleichgültigkeit gegenüber den Anforderungen der Rechtsordnung und gegenüber den Opferbelangen, deren gesteigerte Dringlichkeit durch die Anordnung oder Verpflichtung besonders ersichtlich ist, gekennzeichnet ist. Zum Zweck eines effektiven Opferschutzes ist daher regelmäßig eine Ahndung mit Freiheitsstrafe geboten. Dem trägt die vorgeschlagene Regelung Rechnung. Die bloße Anwendung von Konkurrenzregelungen könnte dies nicht sicherstellen.

Die jeweilige Anordnung oder Verpflichtung, gegen die der Nachstellungstäter zuwiderhandelt, muss die in § 4 Satz 1 GewSchG bezeichneten Voraussetzungen erfüllen, also gleichzeitig zu einer Strafbarkeit nach dieser Regelung führen. Die Strafbarkeit tritt dann aber gegenüber der Strafbarkeit wegen Nachstellung im Konkurrenzwege zurück.

In 8. Zu Artikel 1 (§ 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 8 StGB)

Artikel 1 § 238 Absatz 2 Satz 2 Nummer 8 ist wie folgt zu fassen:

„8. die Nachstellung gegenüber einem Opfer von unter sechzehn Jahren begeht.“

Begründung:

Ist das Opfer der Nachstellung unter sechzehn Jahre liegt damit stets eine besondere Vulnerabilität vor. Diese ist unabhängig von dem Umstand gegeben, ob es sich bei dem Täter um einen (nahezu) gleichaltrigen Jugendlichen oder einen Erwachsenen handelt, insbesondere auch deshalb, da die emotionalen

...

und persönlichen Handlungskompetenzen in dieser Altersgruppe – nicht auch zuletzt unter Berücksichtigung gruppenspezifischer Prozesse der sogenannten Peer-Group – minimiert sind. Aus diesem Grund muss ein besonders schwerer Fall in der Regel dann gegeben sein, wenn die Nachstellung gegenüber einem Opfer von unter sechzehn Jahren begangen wird.

Besondere Umstände im Einzelfall können und werden bei jugendlichen Tätern über die Regelungen des Jugendstrafrechts gemäß den Vorgaben des Jugendgerichtsgesetzes hinreichend berücksichtigt.

B.

9. Der **Ausschuss für Frauen und Jugend** empfiehlt dem Bundesrat, gegen den Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes keine Einwendungen zu erheben.