

Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz – GewSchG)

Vorbemerkungen

Das GewSchG wurde zum 1.1.2002 eingeführt und soll die Opfer von Gewalttaten besser schützen. Dazu ermöglicht das Gesetz nach GewSchG § 1 Schutzanordnungen, deren Einhaltung nach GewSchG § 4 strafrechtlich geschützt wird. GewSchG § 2 gibt dem Opfer einer Gewalttat einen Anspruch auf Überlassung einer gemeinsamen Wohnung. Der Anwendungsbereich und Konkurrenzen werden in GewSchG § 3 geregelt.

Das Gesetz wurde nicht in bestehende Kodifikationen wie die ZPO oder das BGB eingepasst, da die verfahrensrechtliche Norm des GewSchG § 1 sowohl für FG- und Streitverfahren galt: Bis zum Erlass des FamFG bestand eine gespaltene Zuständigkeit zu den Familiengerichten und zu den Prozessgerichten. Daher sollte die Norm nicht in die ZPO oder das FGG eingepasst werden¹.

Seit dem FGG-Reformgesetz ist nun immer das Familiengericht zuständig. Das GewSchG wurde jedoch nicht verändert.

§ 1 Gerichtliche Maßnahmen zum Schutz vor Gewalt und Nachstellungen

(1) Hat eine Person vorsätzlich den Körper, die Gesundheit oder die Freiheit einer anderen Person widerrechtlich verletzt, hat das Gericht auf Antrag der verletzten Person die zur Abwendung weiterer Verletzungen erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Die Anordnungen sollen befristet werden; die Frist kann verlängert werden. Das Gericht kann insbesondere anordnen, dass der Täter es unterlässt,

1. die Wohnung der verletzten Person zu betreten,
2. sich in einem bestimmten Umkreis der Wohnung der verletzten Person aufzuhalten,
3. zu bestimmende andere Orte aufzusuchen, an denen sich die verletzte Person regelmäßig aufhält,
4. Verbindung zur verletzten Person, auch unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, aufzunehmen,
5. Zusammentreffen mit der verletzten Person herbeizuführen, soweit dies nicht zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend, wenn

1. eine Person einer anderen mit einer Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit widerrechtlich gedroht hat oder
2. eine Person widerrechtlich und vorsätzlich
 - a) in die Wohnung einer anderen Person oder deren befriedetes Besitztum eindringt oder
 - b) eine andere Person dadurch unzumutbar belästigt, dass sie ihr gegen den ausdrücklich erklärten Willen wiederholt nachstellt oder sie unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln verfolgt.

Im Falle des Satzes 1 Nr 2 Buchstabe b liegt eine unzumutbare Belästigung nicht vor, wenn die Handlung der Wahrnehmung berechtigter Interessen dient.

(3) In den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 oder des Absatzes 2 kann das Gericht die Maßnahmen nach Absatz 1 auch dann anordnen, wenn eine Person die Tat in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit begangen hat, in den sie sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel vorübergehend versetzt hat.

ÜBERSICHT

I. Allgemeines	1-10	2. Verhältnis von quasi-negatorischem	
1. Anspruch oder verfahrensrechtliche		Anspruch und GewSchG-Verfahren .	10
Norm ?	2-9		

1 BT-Drucks 14/5429 S 16.

II. Anwendungsbereich	11–25	5. Wiederholungsgefahr	44–47
1. Persönlicher Anwendungsbereich	11–16	6. Zeitliche Grenzen	48
a) Antragsteller	11	IV. Rechtsfolge	49–74
b) Antragsgegner	12–15	1. Betretungsverbot (Nummer 1)	53, 54
c) Nähebereich	16	2. Bannmeile (Nummer 2)	55, 56
2. International	17–24	3. Verbot, Orte aufzusuchen (Nummer 3)	57
a) Allgemein	17	4. Kontaktverbot (Nummer 4)	58
b) Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	18–21	5. Annäherungsverbot und Entfernungs- gebot (Nummer 5)	59–62
c) Zwischen Ehegatten und Lebens- partnern	22–24	6. Weitere mögliche Schutzanordnungen	63
3. Zeitlich	25	7. Verhältnismäßigkeit	64
III. Tatbestandsmerkmale des materiellen Anspruchs	26–48	8. Berechtigte Interessen des Täters	65–68
1. Absatz 1	26–30	9. Befristung	69–74
a) Körperverletzung	27	V. Verfahren	75–79
b) Gesundheit	28	1. Vergleich	75
c) Freiheit	29, 30	2. Antrag	76, 77
2. Absatz 2	31–41	3. Einstweiliger Rechtsschutz	78
a) Drohung (Nummer 1)	32, 33	4. Beschwerde	79
b) Eindringen in befriedetes Besitz- tum (Nummer 2 lit a)	34	VI. Vollstreckung	80
c) Nachstellung (Nummer 2 lit b)	35–41	VII. Kosten und Gebühren	81–83
3. Widerrechtlichkeit	42		
4. Vorsatz	43		

Schrifttum: Kommentare und Monographien: Fritzsche, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 1. Auflage 2000; Schumacher/Janzen, Gewaltschutz in der Familie, 1. Auflage 2003; Stein/Jonas, ZPO, 22. Auflage; Schulz/Haus, Handkommentar Familienrecht, 1. Auflage 2008; Kraus, Zivilrechtlicher Schutz gegen Nachstellungen, 2009; Hoppenz, Familiensachen, 9. Auflage 2009; Marina Rupp (Hrsg): Das Gewaltschutzgesetz aus der Perspektive verschiedener Professionen (http://www.ssoar.info/ssoar/files/usbkoeln/2009/1235/mat_2005_5.pdf), zit als ifb-Studie; Münchner Kommentar zum BGB (MüKo-BGB), 5. Auflage 2010; Johannsen/Henrich, Familienrecht, 5. Auflage 2010; Juris-PK BGB, 5. Auflage 2010; Fischer, Strafgesetzbuch, 58. Auflage 2010; Weinreich/Klein, Fachanwaltskommentar Familienrecht, 4. Auflage 2011; Prütting/Wegen/Weinreich (PWW), BGB, 6. Auflage 2011; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage; Bamberger/Roth, BeckOK, Edition 2011; Prütting/Helms, FamFG, 2. Auflage 2011; Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 184. Ergänzungslieferung 2011; Gerhard/von Heintschel-Heinegg/Klein, Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, 8. Auflage 2011; Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Auflage 2011; Hoenle, Die deliktische Grundanknüpfung im IPR und IZVR, 2011.

Aufsätze: Fischer, Das zivilrechtliche Kontakt- und Belästigungsverbot, MDR 1997, 120; Schwab, Zivilrechtliche Schutzmöglichkeiten bei häuslicher Gewalt, FamRZ 1999, 1317; Müller, Das neue Gewaltschutzgesetz, FF 2002, 43; Schumacher, Mehr Schutz bei Gewalt in der Familie, FamRZ 2002, 645; Vossler, „Gewaltschutzgesetz“ in Kraft getreten, FamRB 2002, 56; U Walter, Der zivilrechtliche Schutz vor Nachstellungen, ZUM 2002, 886; Klein, Opferschutz – Alternative zur Flucht ins Frauenhaus, FuR 2002, 1; Kaboth, Kontaktverbote und deren prozessuale Durchsetzung zum Schutz vor „Stalking“, ZUM 2003, 342; Schulte-Burnert, Gewaltschutzgesetz, Rechtspfleger-Studienhefte 2003, 129; Schweikert, Das neue Gewaltschutzrecht – seine Umsetzung und die dafür notwendigen Rahmenbedingungen, NJ 2003, 617; Kogel, Die Umsetzung des Gewaltschutzgesetzes in der anwaltlichen Praxis, FamRB 2004, 303; Graß/Rothschild, Klinische Rechtsmedizin, Rechtsmedizin, 2004, 188; Viehues, Gerichtliche Schutzmaßnahmen gegen Gewalt, Drohung und Nachstellungen nach § 1 GewSchG, ZFE 2004, 103; Hecht: Erfahrungen mit dem Gewaltschutzgesetz aus Sicht der Berliner Interventionszentrale bei häuslicher Gewalt (BIG) – ein Praxisbericht, FPR 2005, 13; Peschel-Gutzeit, Pollähne, Strafbarkeit nach Gewaltschutzgesetz: einverständliche Wiederaufnahme des Täters in die Wohnung des Opfers, StV 2005, 503; Giers, Der Antrag nach dem Gewaltschutzgesetz, FamRB 2005, 303; Habermeyer: Stalking: Forensisch-psychiatrische Aspekte, FPR 2006, 196; Kühner: Stalking-Opfer, die Auswirkungen von Stalking und Abwehrmaßnahmen – Stalking, Selbsthilfegruppen, Opferberatung und Psychotherapie – ein neues Betätigungsfeld für Psychologen?, FPR 2006, 186; Stürmer: Stalking – Interventionen und Möglichkeiten der Polizei, FPR 2006, 190; Pollähne, Grenzen der Strafbarkeit nach § 4 GewSchG (insb bei sog Stalking, Strafo 2006, 398; Voß/Küken: Gibt es ein spezifisches Persönlichkeitsprofil des Stalkers?, FPR 2006, 180; Feldhoff/Hansbauer: Evaluation des Gewaltschutzgesetzes im Raum Münster – Positive Effekte und weitere Herausforderungen für Polizei, Justiz, Jugendämter und Beratungsstellen, FPR 2007, 217; Machulla-Notthoff, Das Gewaltschutzverfahren – Fallstricke in der anwaltlichen Praxis, ZFE 2007, 5; von Pechstaedt: Zivilrechtliche Abwehrmaßnahmen gegen Stalking, NJW 2007, 1233; Schneider, Vergütung für eine Verlängerungsverfügung nach dem Gewaltschutzgesetz, AGS 2007, 492; Löhnig, Zivilrechtliche Probleme des neuen § 238 StGB, FamRZ 2007, 518; Hohloch: Wohnungszuweisung und Schutzanordnung bei Gewaltanwendung – insbesondere Vollstreckung, FPR 2008, 430; Giers: Die Neuregelung des Rechts der Ehwohnungs-, Haushalts- und Gewaltschutzsachen, FGPrax 2009, 193; Zinsmeister, Gewaltschutz in sozialen Einrichtungen für Frauen mit Behinderungen, Streit 2009, 159; Büte, Verfahrenskostenhilfe und Anwaltsbeirordnung nach § 78 Abs 2 FamFG, FuR 2010, 361; Müller, Der Rechtsanwalt in Gewaltschutzsachen, NJW 2010, 2640; Krüger, Stalking in allen Instanzen – Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB, NSStZ 2010, 546; Roßmann, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum FamFG, ZFE 2010, 298; Giers, Verfahren und Vollstreckung in Gewaltschutzsachen, FPR 2011, 224; Krüger, Stalking als familien- und strafrechtliches Problem, FPR 2011, 219; Schulte-Bunert, Gewaltschutz – Teil 1, FuR 2011, 202; Schulte-Bunert, Gewaltschutz – Teil 2, FuR 2011, 263; Breidenstein, Das anwendbare Recht bei Schutzanordnung

nach dem GewSchG, FamFR 2011, 172; Brun s, Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 1 GewSchG, FamRZ 2012, 1024.

I. Allgemeines

Das Gewaltschutzgesetz regelt in GewSchG § 1 die gerichtliche Befugnis zum Erlass von vollstreckbaren und durch GewSchG § 4 strafbewehrten Anordnungen gegen den Täter einer Gewalttat oder einer Drohung mit einer solchen sowie bei Nachstellungen. Das 2001 eingeführte Gesetz hat sich in der Praxis bewährt¹. Allerdings konnten bei besonders gewaltbereiten Tätern im sozialen Nahbereich mit dem Gewaltschutzgesetz kaum Erfolge erzielt werden². Eine 2003 durchgeführte Expertenbefragung hat ergeben, dass 86 % der Richter davon ausgingen, der Opferschutz wurde durch das Gesetz verbessert³. Das Personal bei Polizei und in den Frauenhäusern spricht sogar zu über 90 % von einer Verbesserung⁴.

1. Anspruch oder verfahrensrechtliche Norm? Die Frage, ob das Gewaltschutzgesetz einen Anspruch normiert oder ihn voraussetzt und verfahrensrechtlich ausgestaltet, beantworten die Gesetzesmaterialien zugunsten der „verfahrensrechtlichen Lösung“⁵. Dem folgt die Literatur zu Recht⁶. Lediglich Kraus geht davon aus, dass es sich um eine echte Anspruchsgrundlage handelt⁷, die in Idealkonkurrenz zum quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch stehen soll⁸. Der Wortlaut spricht davon, dass das Gericht auf Antrag die erforderlichen Maßnahmen zu treffen hat. Die Norm scheint sich daher nur an das Gericht zu richten und so einen Anspruch vorauszusetzen, der lediglich durch das Gericht durch Schutzanordnungen geschützt wird. Mit diesem Argument wurde freilich auch schon der gleiche Streit zum Unterlassungsanspruch in BGB § 1004 Abs 1 Satz 2 geführt (dazu § 1004 Rz 402)⁹. Dort spricht das Gesetz davon, dass „der Eigentümer auf Unterlassung klagen“ könne. Mittlerweile ist die Anspruchslosigkeit des BGB § 1004 Abs 1 Satz 2 völlig herrschende Meinung (dazu § 1004 Rz 402). Insofern ist alleine diese Formulierung wenig aussagekräftig¹⁰.

Für die verfahrensrechtliche Lösung spricht dagegen, dass die Norm auf Tatbestandsebene zunächst an die deliktsrechtlich vorgeprägten Begriffe Körper, Gesundheit und Freiheit anknüpft. Damit lehnt sich das Gesetz an den vor dem Gewaltschutzgesetz bereits vorgefundenen quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch an. Insofern will das Gesetz keine neuen Rechtsgüter erschaffen und vollumfänglich an die umfängliche Judikatur und Literatur zum quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch anknüpfen. Das alleine spricht jedoch noch nicht gegen die Normierung einer weiteren Anspruchsgrundlage.

Die eigentliche Neuerung des GewSchG ist jedoch nicht in seiner Ausformung auf Tatbestandsebene zu sehen, sondern auf der Rechtsfolgenseite. Hier werden etwa mit dem Recht dem Täter das Aufsuchen gewisser Ort zu verbieten, neue Möglichkeiten für die Opfer geschaffen. Dies kann auf den ersten Blick nicht mit der verfahrensrechtlichen Lösung erklärt werden. Während durch den quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch lediglich die Rechtsgutsverletzung in ihrer konkreten Form und kerngleichen Verletzungshandlungen verboten werden konnte¹¹, erweitert das GewSchG die Unterlassungen jedenfalls in Teilen auf das Vorfeld der Rechtsgutsverletzung. Ein Verbot, bestimmte Orte aufzusuchen, ist dem quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch fremd: Da der Aufenthalt an einem Ort, den das Opfer regelmäßig aufsucht, noch kein Rechtsgut verletzt, ist eine derartige vorverlagerte Unterlassungspflicht in dessen Anwendungsbereich nicht möglich. Da durch GewSchG § 1 dem Antragsteller das Recht („das Gericht hat ... anzuordnen“) verliehen wird, vom Antragsgegner die Unterlassung des Aufsuchens dieser Ort zu verlangen, liegen die Voraussetzungen des BGB § 194 dem Wortlaut nach vor und somit scheinbar ein Anspruch¹². Macht man mit der Ansicht ernst, die Norm setzte den Anspruch voraus, so müsste man im Rahmen des quasi-negatorischen Anspruchs nun auch solche Annäherungsverbote zulassen, da kaum zu erklären sein wird, wieso dies nur im Anwendungsbereich des GewSchG möglich sein soll.

1 Peschel-Gutzeit, Rechtsmedizin 2006, 82, 86; ausführliche Evaluation für Raum Münster bei Feldhoff/Hansbauer, FPR 2007, 217; für Berlin bei Hecht, FPR 2005, 13; Einzelfallstudie bei Kaboth, ZUM 2003, 342.

2 Feldhoff/Hansbauer, FPR 2007, 217.

3 72 % gehen von einer Verbesserung, 12 % von einer starken Verbesserung aus: Rupp, ifb-Studie S 35

4 Rupp, ifb-Studie S 35: 93,1 % der Polizisten und 94,6 % in den Frauenhäusern gehen von einer Verbesserung oder starken Verbesserung aus.

5 BT-Drucks 14/5429 S 17.

6 Müller, in: Hoppenz § 1 GewSchG Rz 1; Schulz, in: Schulz/Haus § 1 GewSchG Rz 3; Weinreich, in:

Gerhard/v Heintschel-Heinegg/Klein Kapitel J Rz 423; Weinrich, in: Weinreich/Klein § 1 GewSchG Rz 2; Leis, in: Juris-PK § 1 GewSchG Rz 7; Hausleiter/Schulz, Kap 11, Rz 4; Brudermüller, in: Palandt, § 1 GewSchG Rz 4; Müller, FF 2002, 43, 44; Schulte-Burnert, FuR 2011, 202, 203; Müller, NJW 2010, 2640, 2640; Hohloch, FPR 2008, 430; Viefhues, ZFE 2004, 103, 103.

7 Kraus, Nachstellungen, S 26 ff.

8 Kraus, Nachstellungen, S 36 f.

9 Fritzsche, Unterlassungsklage, S 115.

10 Zum § 1004: Fritzsche, Unterlassungsklage, S 116.

11 Fritzsche, Unterlassungsklage, S 222 ff.

12 So auch Kraus, Nachstellungen, S 26 ff.

- 5 Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine Einordnung als materielle Anspruchsgrundlage tatsächlich sinnvoll ist. In letzter Konsequenz müsste man dann die Rechtsfolgen, die das GewSchG anordnet auch ohne Verfahren einforderbar machen. Damit käme der Anspruchsgegner durch eine Mahnung in Verzug und müsste gegebenenfalls als Verzugsschaden die Kosten einer weiteren anwaltlichen Abmahnung tragen. Ebenso käme dann die Einschaltung eines privaten Sicherheitsdienstes als Schadensersatz statt der Leistung in Betracht.
- 6 Es bietet sich daher an, wie es die Gesetzesbegründung bereits anklingen lässt¹³, den materiellen Anspruch im Recht des Betroffenen auf Sicherung seiner Gesundheit, seines Körpers, seiner Freiheit und den Teilen seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die von GewSchG § 1 Abs 2 geschützt sind, gegen den Störer zu sehen. Darin ist jedoch kein echter materieller Anspruch zu sehen¹⁴.
- 7 Eine derartige Konstruktion ist dem Zivilprozessrecht nicht fremd: Auch die einstweilige Verfügung und der Arrest dienen zwar der Sicherung eines materiellen Anspruchs. Sie führen aber nicht zu seiner Erfüllung (Ausnahme Befriedigungsverfügung), sondern sichern diesen lediglich, so dass hier durch Beschluss oder Urteil des Streitgerichts eine Rechtsfolge ausgesprochen wird, die sich nicht aus dem materiellen Anspruch ergibt. So hat der Arrestgläubiger sicherlich keinen materiellen Anspruch gegen den Arrestschuldner auf eine Arresthypothek (ZPO § 932) oder gar auf persönlichen Arrest (ZPO § 919). Das GewSchG hat daher – auch in der Hauptsache und nicht nur in der einstweiligen Anordnung – eine starke Parallele zum Arrest und der Verfügung. Daraus sollen hier keine Rechtsfolgen gezogen werden, es soll lediglich eine dogmatische Einordnung stattfinden.
- 8 Letztlich ist die Maßnahme nach GewSchG daher einem Arrest bezüglich des quasi-negatorischen Unterlassungsanspruchs am ähnlichsten. Es wird als Vorfrage die Existenz des Anspruchs geprüft und dann zu seiner Sicherung ein darüber hinausgehendes Gebot für den Schuldner angeordnet, den Unterlassungsanspruch nicht nur in seinem materiellen Kern zu beachten, sondern weitgehendere Beschränkungen seiner Freiheit zu dessen Sicherung hinzunehmen. Während der gesetzliche Unterlassungsanspruch nach BGB in seiner Reichweite von der geschützten Rechtsposition und der Begehungsfahr abhängt¹⁵, hat das Gericht im Rahmen des GewSchG § 1 die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Das ist ein fundamentaler Unterschied: Der Unterlassungsanspruch verbietet den unmittelbaren Eingriff in die Rechtsposition, hingegen werden nach GewSchG § 1 die zur Verhinderung eines solchen weiteren Eingriffs notwendigen Maßnahmen angeordnet, so dass die Wahl der Mittel wie der Unterlassungsanspruch erfüllt wird, nicht mehr vollumfänglich dem Schuldner zusteht, wie das bei den Unterlassungsansprüchen der Fall ist (§ 1004 Rz 305 ff). Es wird vielmehr vom Gericht definiert, wie sich der Täter zu verhalten hat, damit es noch nicht einmal zur Gefahr eines solchen Verstoßes kommt.
- 9 Es bedarf daher für jede Anordnung nach GewSchG § 1 eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes. GewSchG § 1 definiert lediglich den Anordnungsgrund und setzt den Anspruch voraus. Die angeordnete Schutzmaßnahme kann jedoch über die Rechtsfolge des Anordnungsanspruchs hinausgehen.
- 10 **2. Verhältnis von quasi-negatorischem Anspruch und GewSchG-Verfahren.** Fraglich ist jedoch, ob der eigentliche quasi-negatorische Unterlassungsanspruch überhaupt Verfahrensgegenstand des GewSchG-Verfahrens ist. Dagegen spricht insbesondere die prozessrechtliche Befristung und das dem Gericht eingeräumte Ermessen. Der eigentlich quasi-negatorische Unterlassungsanspruch steht dem Betroffenen materiell unbefristet und ohne Ermessen des Gerichts zu. Es ist daher mit der Struktur der Gewaltschutzanordnung kaum zu vereinbaren, im Beschluss nach GewSchG § 1 einen echten Leistungsbeschluss zu sehen, der auch den Unterlassungsanspruch zuspricht. Es spricht daher vieles dafür, dass der eigentliche quasi-negatorische Anspruch materiell weiter besteht und prinzipiell auch am Streitgericht klagbar bleibt. Es ist jedoch zu prüfen, ob ähnlich der Fallgruppe „strafbewehrte Unterlassungserklärung“ durch die Anordnung die Wiederholungsfahr ausgeräumt wird. Dies wird im Regelfall anzunehmen sein, kann aber gegebenenfalls bei kurzen Befristungen entfallen. Dies wird auch durch GewSchG § 3 Abs 2 nicht in Frage gestellt, der weitergehende Ansprüche unberührt lässt. Das Streitgericht kann jedoch nur die Unterlassung bezüglich der begangenen Tat aussprechen und keine weitergehenden Schutzanordnungen erlassen.

II. Anwendungsbereich

- 11 **1. Persönlicher Anwendungsbereich.** – a) **Antragsteller.** Antragsteller kann jede natürliche Person sein, soweit die allgemeinen persönlichen Verfahrensvoraussetzungen vorliegen (siehe dazu

13 BT-Drucks 14/5429, S 18.

15 Fritzsche, Unterlassungsanspruch, S 222.

14 Vgl Grunsky, in: Stein/Jonas Vor § 910 ZPO Rz 8.

die Kommentierung zum FamFG-Verfahren Rz 47 ff). Zur Begründetheit des Antrags ist die Opfer-eigenschaft des Antragstellers in Bezug auf eine Tat nach GewSchG § 1 nötig.

b) **Antragsgegner.** Antragsgegner kann grundsätzlich jede natürliche Person sein. Aufgrund des GewSchG § 3 Abs 1 kann kein Antrag nach GewSchG gegen die gesetzlichen Vertreter (Eltern Minderjähriger, Vormund, Pfleger) gestellt werden. Ein trotzdem gestellter Antrag ist unzulässig¹⁶, aber gegebenenfalls umzudeuten in einen Antrag nach BGB § 1666 a.

Ebenfalls aus dem persönlichen Anwendungsbereich fallen dauernd Schuldunfähige, da gegen sie nach GewSchG § 1 keine Anordnung erlassen werden kann¹⁷. Das ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus GewSchG § 1 Abs 3. Nur wenn der Antragsgegner aufgrund des Konsums geistiger Getränke oder ähnlicher Mittel vorübergehend schuldunfähig war, kann eine Anordnung nach GewSchG § 1 ergehen. Darin liegt eine Abweichung von der deliktsrechtlichen Grundregel des BGB § 827, die für diese Fälle die Regeln der Fahrlässigkeit zur Anwendung bringt¹⁸. Auf die Frage, ob die vorübergehende Schuldunfähigkeit vorsätzlich herbeigeführt wurde, kommt es nicht an¹⁹. In diesen Fällen kann jedoch ein Unterlassungsurteil im Streitverfahren nach BGB §§ 1004, 823, 12 analog ergehen, da ein solcher Anspruch auch gegen Schuldunfähige begründet ist²⁰.

Ein Antrag gegen Geschäftsunfähige und strafrechtlich Schuldunfähige ist mangels Rechtsschutzbedürfnis unzulässig. Denn gegen sie ist weder die Vollstreckung durch Ordnungsgeld (ZPO 890) noch die strafrechtliche Verfolgung nach GewSchG § 4 möglich²¹. Ein reines Titulierungsinteresse ohne Möglichkeit der Vollstreckung ist demnach nicht anzuerkennen.

Hingegen ist ein Antrag gegen schuldfähige beschränkt Geschäftsfähige (ab 14 Jahren) zulässig, da gegen sie sowohl Ordnungsgelder verhängt werden können, als auch die Strafbarkeit nach GewSchG § 4 besteht.

Ist der Antragsgegner verfahrensunfähig, ist der Antrag bereits unzulässig. Die Beschwerde steht dem Antragsgegner jedoch trotzdem offen, um seine Verfahrensunfähigkeit geltend zu machen²². Gleiches gilt natürlich bzgl des verfahrensunfähigen Antragstellers.

c) **Nähebereich?** Eine besondere persönliche Beziehung oder eine persönliche Nähe ist für den Antrag nicht erforderlich²³. Ist jedoch ein erneutes Aufeinandertreffen von Antragsteller und Antragsgegner so gut wie ausgeschlossen, kann die Wiederholungsgefahr entfallen (unten Rz 44).

2. **International.** – a) **Allgemein.** Aufgrund der deliktsrechtlichen Natur des GewSchG, das an den quasi-negatorischen Anspruch anknüpft, richtet sich die Frage der Anwendbarkeit des GewSchG nach der Rom-II-Verordnung²⁴. Nach dieser gilt bei außervertraglichen Schuldverhältnissen das (Erfolgs-)Tatortprinzip. Ein deutsches Gericht muss sich daher bei der Anwendung des GewSchG mit Auslandsbezug lediglich fragen, ob der Erfolgsort der Anlasstat im Inland liegt. Dies gilt unabhängig von der Staatsbürgerschaft der Beteiligten. Nach Rom-II-VO Artikel 3 haben auch die anderen Mitgliedsstaaten das deutsche GewSchG anzuwenden, wenn der Erfolgsort in Deutschland liegt. Davon gibt es jedoch eine Ausnahme: Die Rom-II-VO gilt nicht für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (siehe dazu b). Hingegen ist die Anwendung bei Anordnungen mit Bezug zu Ehe- und Lebenspartnerwohnung problematisch, aber zu bejahen (unten c)²⁵.

b) **Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.** Nach Rom-II-VO Artikel 1 Abs 2 lit g sind Verletzungen des Persönlichkeitsrechts und der Privatsphäre inklusive der Verleumdung von der Anwendbarkeit der ROM-II-VO ausgenommen. Ausweislich der Formulierung „außervertragliche Schuldverhältnisse aus der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte, einschließlich der Verleumdung“ kommt es nicht auf die Rechtsfolge des Schuldverhältnisses, sondern seine Ursache an. Zudem stellt die VO nicht auf den Schaden ab, sondern die Verletzung. Daher genügt ein Schaden an den Rechtsgütern Gesundheit, Körper, Freiheit nicht für die An-

16 Bamberg 2 UF 184/11 v 24.08.2011; siehe auch § 3 Rz 3.

17 AG Bad Iburg FamRZ 2010, 1350; Reinken, in: Beck-OK Rz 18; Viefhues, ZFE 2004, 103, 105; aA - Schulte-Burnert, RPfeger-Stud 2003, 129, 130; Frankfurt FamRZ 2010, 1812; aA Schwab, in: Bork/Jacoby/Schwab § 210 Rz 7.

18 Freytag, in Erb/Kohlhaas § 1 GewSchG Rz 21; Haußleiter/Schulz, Kap 11, Rz 18; AG Wiesbaden FamRZ 2006, 1145.

19 Leis, in: Juris-PK § 1 GewSchG Rz 25.

20 Müller, in: Hoppenz § 1 GewSchG Rz 38; Schulz, in: Schulz/Haus § 1 GewSchG Rz 19; Weinreich, in: Gerhard/v Heintschel-Heinegg/Klein, Kapitel J Rz 435; AG Wiesbaden, FamRZ 2006, 1145; Wein-

reich, in: PWW § 1 GewSchG Rz 8; Frankfurt, FamRZ 2010, 1812.

21 LG Bonn FamRZ 2006, 1290 unter Berufung auf BVerfG NJW 1967, 195 ff.

22 Zum Ganzen BGH FamRZ 2010, 548.

23 Schulz, in: Schulz/Haus § 1 GewSchG Rz 1; Weinrich, in: Gerhard/v Heintschel-Heinegg/Klein, Kapitel J Rz 426; Weinrich, in: Weinreich/Klein § 1 GewSchG Rz 1; Viefhues, ZFE 2004, 103, 103; Schweickert, NJ 2003, 617, 617; missverständlich aber wohl ebenso: Weinreich, in: PWW § 1 GewSchG Rz 4, der vom sozialen Nahbereich spricht.

24 Breidenstein, FamFR 2012, 172 ff.

25 Breidenstein, FamFR 2012, 172 ff.

wendung der Rom-II-VO. Vielmehr muss bereits die Verletzungshandlung auf diese Rechtsgüter abzielen. Besondere Schwierigkeit bekommt diese Ausnahme, da die Rom-II-VO autonom gemeinschaftsrechtlich auszulegen ist²⁶ und daher nicht die Vorstellung von Persönlichkeitsrecht und Privatsphäre des deutschen allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu Grunde zu legen ist, sondern eine spezifisch gemeinschaftsrechtliches. Die Auslegungskompetenz liegt beim EuGH²⁷.

- 19** Die Rom-II-VO findet daher nur Anwendung, soweit eine Verletzung von Körper, Gesundheit oder Freiheit Grund für die Anordnung ist und diese nicht mittelbare Folge einer Persönlichkeitsrechtsverletzung ist. Die bloße Drohung, die nach GewSchG § 1 Abs 2 Nummer 1 eine Maßnahme gegebenenfalls rechtfertigt, unterfällt dem Bereich allgemeines Persönlichkeitsrecht. Lediglich, wenn die Erstbegehungsgefahr Anlass für die Anordnung ist, unterfällt die Tat wieder der ROM-II-VO, Rom-II-VO Artikel 2 Abs 2 und Abs 3.
- 20** Bei reinen allgemeinen Persönlichkeitsrechts-Verletzungen ist hingegen nach EGBGB Artikel 40 anzuknüpfen²⁸. Demnach findet deutsches Recht Anwendung, wenn beide Beteiligten ihren dauerhaften Aufenthalt in der BRD haben (EGBGB Artikel 40 Abs 2) oder wenn die Verletzungshandlung im deutschen Inland erfolgt ist (EGBGB Artikel 40 Abs 1 Satz 1). Ist lediglich der Verletzungserfolg in Deutschland eingetreten, steht dem Verletzten die Wahlmöglichkeit nach EGBGB Artikel 40 Abs 1 Satz 2 offen. Dies kann insbesondere bei Cyberstalking eine Rolle spielen, da hier Handlungsort und Erfolgsort auseinander fallen können. Daher ist zunächst zu fragen, wo der Verletzer gehandelt hat. Dann ist deutsches Recht anwendbar, wenn nicht der Geschädigte das Recht des Staates, in dem der Erfolg eingetreten ist, für anwendbar erklärt.
- 21** Liegt der Erfolgsort im Inland, kann der Geschädigte für die Anwendung des GewSchG nach EGBGB Artikel 40 Abs 1 Satz 2 optieren. Dazu ist eine Erklärung mit dem Bewusstsein notwendig, das deutsche Deliktstatut zu wählen. Es genügt nicht die unreflektierte Anwendung deutschen Rechts im Antrag. Es besteht eine richterliche Hinweispflicht auf die Wahlmöglichkeit²⁹.
- 22** c) **Zwischen Ehegatten und Lebenspartnern.** Fraglich ist, ob Teile des GewSchG von der Rom-II-VO ausgenommen werden müssen, da es sich um familienrechtliche Normen handelt. Die Ausnahme nach Rom-II-VO ist Artikel 1 lit a, der für das Familienrecht verlangt, dass der Anspruch seinen Grund im Familienrecht hat und nicht nur eine familienrechtliche Bande zwischen den Beteiligten besteht, so dass die Rom-II-VO zwischen Ehegatten und Lebenspartnern sowie sonstigen Verwandten im Bezug zum GewSchG im Übrigen voll anwendbar bleibt³⁰. Die Zuweisung der Ehewohnung nach GewSchG § 2 beispielsweise hat ihren Grund eben nicht im Familienverhältnis, sondern in der deliktischen Anlasstat. Ebenso wenig hat eine Maßnahme nach GewSchG § 1 ihren Grund im Familienverhältnis.
- 23** Soweit man die Bereichsausnahme des Familienrechts entgegen der hier vertretenen Meinung für anwendbar hält gilt Folgendes: Wird ein Betretungsverbot oder ein Annäherungsverbot für die eheliche (EGBGB Artikel 17a) oder die lebenspartnerschaftliche Wohnung (EGBGB Artikel 17b Abs 2) ausgesprochen, genügt für die Anwendung des deutschen Sachrechts die Belegenheit eben dieser Wohnung im deutschen Inland³¹. Dabei muss es sich um die Hauptwohnung handeln, nicht um eine Ferien- oder Zweitwohnung. Weitgehend ungeklärt ist, wie der Bezug zur Wohnung hergestellt werden soll. Dies ist insbesondere schwierig, da für die Zuweisung der Wohnung ein Betretungs- und Annäherungsversuch ein räumlicher Zusammenhang vorhanden ist. Dieser fehlt jedoch für das ebenfalls in EGBGB Artikel 17a enthaltene Kontaktverbot. Es stellt sich daher die Folgefrage, inwieweit personenbezogene Anordnungen nach GewSchG § 1, die in keinem Zusammenhang mit der Wohnung stehen, ebenfalls über EGBGB Artikel 17a gelöst werden können. Letztlich wird es wohl darauf ankommen, ob das entsprechende Kontaktverbot aufgrund der gleichen Tat angeordnet wird, da andere Anknüpfungspunkte nicht vorhanden sind. Das Problem relativiert sich jedoch, soweit man EGBGB Artikel 40 Abs 2 in die Betrachtung einbezieht. Aufgrund der deliktischen Natur ist GewSchG § 1 über EGBGB Artikel 40 zu qualifizieren, wenn es sich um eine Anordnung zwischen Ehegatten oder Lebenspartnern handelt. Dann findet die Rom-II-VO keine Anwendung (Rom II-VO Artikel 1 Abs 2 lit a). Demnach ist das deutsche Deliktsrecht anzuwenden, wenn beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, was bei einer gemeinsamen Ehewohnung hier stets vorliegen dürfte. Auch genügt, dass die Verletzungshandlung im Inland eingetreten ist (EGBGB Artikel 40 Abs 1 Satz 1).
- 24** Sind beide Ehegatten Iraner, wird behauptet, dass die Zuweisung der Ehewohnung (GewSchG § 2) nach Artikel 8 Abs 3 des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens vom 17.2.1929 nach

26 Hoenle, Grundanknüpfung, S 24.

27 Hoenle, Grundanknüpfung, S 25.

28 Ähnlich: Breidenstein, FamFR 2011, 172 ff.

29 Spickhoff, in: Beck-OK Art 40 EGBGB Rz 28 ff.

30 Schulte-Bunert, FuR 2011, 202, 202; so auch Breidenstein, FamFR 2012, 172 ff.

31 Schulte-Bunert, FuR 2011, 202, 202.

iranischem Sachrecht zu treffen sei³², der EGBGB 17a vorgehen soll³³. Dieses Abkommen geht auch der Rom-II-VO aufgrund der Öffnungsklausel des Rom-II-VO 28 Abs 1 vor, da es vor dem 1. 1. 1958 in Kraft trat. Es gilt jedoch ausweislich des Schlussprotokolls unter anderem nur für die „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft“. Eine Anordnung nach GewSchG § 1 hebt diese jedoch nicht auf und auch nicht die Wohnungszuweisung nach GewSchG § 2. Es dürfte daher die Rom-II-VO anzuwenden sein, soweit ihre weiteren Voraussetzungen vorliegen. Ansonsten ist EGBGB § 40 anzuwenden bzw EGBGB § 17a.

3. **Zeitlich.** Das Gewaltschutzgesetz gilt für alle Anträge, die nach dem 31. 12. 2001 am Gericht 25 eingehen.

III. Tatbestandsmerkmale des materiellen Anspruchs

1. **Absatz 1.** Das GewSchG setzt einen materiellen quasi-negatorischen Anspruch aus BGB 26 §§ 1004, 823, 12 voraus. Dieser muss nicht auf die begehrte Rechtsfolge gerichtet sein. Er wird durch die Anordnung nicht durchgesetzt, sondern weitgehend geschützt (siehe zur Rechtsnatur oben Rz 2 ff). Dieser Anspruch muss in einer vorsätzlichen Verletzung von Körper, Gesundheit oder Freiheit des Antragseigners wurzeln. Bezüglich dieses Anspruchs wird auf die Kommentierung von Münch bei § 1004 Rz 390 verwiesen. Die Grundsätze der psychisch vermittelten Kausalität sind anzuwenden³⁴, wobei trotzdem stets Vorsatz zu fordern ist. Absatz 1 setzt eine vollendete Tat voraus³⁵, jedoch kann im Versuch einer solchen Tat eine besondere Form der konkludenten Drohung nach Absatz 2 Nummer 1 gesehen werden³⁶. Das Gericht ist zum Erlass der erforderlichen Anordnungen verpflichtet. Die Ursache der jeweiligen Tat ist unerheblich, soweit sie nicht zu einer Rechtfertigung führt³⁷.

a) **Körperverletzung.** Eine Verletzung des Körpers liegt vor, wenn in die körperliche Unversehrtheit des Antragstellers eingegriffen wurde, so dass die körperlichen, geistigen oder seelischen Vorgänge gestört werden. Führt psychische Gewalt zu körperlichen Beschwerden wie Schlaflosigkeit oder Zittern liegt eine Körperverletzung vor³⁸. Allerdings ist auch hier Vorsatz bezüglich der Gesundheitsverletzung erforderlich, so dass der Täter jedenfalls die Möglichkeit einer solchen psychischen Krankheit erkannt haben muss³⁹. 27

b) **Gesundheit.** Von der Körperverletzung kaum zu trennen⁴⁰ ist die Gesundheitsverletzung. 28 Eine trennscharfe Unterscheidung ist aber auch nicht notwendig, da die Rechtsfolgen identisch sind. Eine Gesundheitsverletzung liegt vor, wenn ein Zustand vorliegt, der von den normalen körperlichen Funktionen nachhaltig abweicht⁴¹. Darunter fällt auch das seelische Wohlbefinden, wenn die Störung medizinisch feststellbar und erheblich ist. Das Hervorrufen einer psychischen Krankheit stellt eine Gesundheitsverletzung dar⁴². Allerdings ist auch hier Vorsatz bezüglich der Gesundheitsverletzung erforderlich, so dass der Täter jedenfalls die Möglichkeit einer solchen psychischen Krankheit erkannt haben muss⁴³.

c) **Freiheit.** Mit der Freiheit schützt GewSchG § 1 das gleiche Rechtsgut, das auch StGB § 239 29 schützt, also die körperliche Bewegungsfreiheit, sei es als Folge eines Einsperrens oder als Folge einer Nötigung durch Drohung, Zwang oder Täuschung. Dabei genügt auch die Freiheitsentziehung von kurzer Dauer, jedenfalls 10 Minuten⁴⁴. Auch wesentlich kürzere Freiheitsberaubungen sind ausreichend, wenn sie eine Mindestdauer von wenigen Sekunden überschreiten, wenn die Fortbewegungsfreiheit genommen wird und dadurch nicht nur eine Verzögerung der Fortbewegung eintritt⁴⁵.

Geschützt ist nur die körperliche Fortbewegungsfreiheit. Das Aussperren aus einem Raum oder 30 der Wohnung genügt hingegen nicht⁴⁶. Ebenso wenig genügt die bloße Beeinflussung der Willensfreiheit⁴⁷. Diese kann jedoch unter Umständen bei Drohung mit einer Gewalttat eine Anordnung nach GewSchG § 1 Abs 2 Nummer 1 eine Anordnung rechtfertigen.

32 Schulte-Bunert, FuR 2011, 202, 202.

33 Martiny, in: PWW Art 17a EGBGB Rz 2.

34 Leis, in: Juris-PK § 1 GewSchG Rz 11; Viefhues, ZFE 2004, 103, 103.

35 AG Flensburg ZfJ 2005, 38; OLG Celle, 10 UF 9, 12 v 19.03.2012.

36 Götz, in: Johannsen/Henrich § 1 GewSchG Rz 20.

37 Schleswig-Holstein NJW-RR 2004, 156.

38 Müller, in: Hoppenz § 1 GewSchG Rn 7; Schulz, in: Schulz/Haus § 1 GewSchG Rn 4; Weinreich, in: Gerhard/v Heintschel-Heinegg/Klein, Kapitel J Rz 428; Weinreich, in: PWW § 1 GewSchG Rz 5.

39 Bamberg 2 UF 184/11 vom 24.08.2011.

40 Schulz, in: Schulz/Haus § 1 GewSchG Rz 4.

41 BGHZ 114, 284.

42 Müller, in: Hoppenz § 1 GewSchG Rz 7; Schumacher/Janzen, Gewaltschutz, Rz 31; Weinreich, in: PWW § 1 GewSchG Rz 5; zu den körperlichen Folgen bei Stalking-Opfern: Kühner, FPR 2006, 186.

43 Bamberg 2 UF 184/11 vom 24.08.2011.

44 Brandenburg FamRB 2005, 330.

45 Fischer, StGB, § 239 Rz 6.

46 Schulz, in: Schulz/Haus § 1 GewSchG Rz 4; Köln FamRZ 2003, 1281.

47 OLG Frankfurt/M 4 WF 115/12 v 15.05.2012.

- 31** 2. **Absatz 2.** Nach Absatz 2 kommt eine Anordnung ebenfalls in Frage, wenn es an einer Verletzung von Rechtsgütern im Sinne des Absatzes 1 fehlt. Absatz 2 schützt einen Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁴⁸.
- 32** a) **Drohung (Nummer 1).** Nach Nummer 1 genügt eine Drohung mit einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder Gesundheit oder der Freiheit in widerrechtlicher Weise. Hier liegt also der Fall vor, dass sich der Unterlassungsanspruch nicht aus der durch die erste Verletzung indizierten Wiederholungsgefahr ergibt, sondern die Erstbegehung droht. Auch dann sind Anordnungen nach Abs 1 möglich. Die Drohung muss widerrechtlich sein, also dem Täter kein Rechtfertigungsgrund zur Seite stehen. Das ist bei einer Drohung für die oben genannten Rechtsgüter indiziert. Die Drohung muss aber ernst zu nehmen sein. Bloße Verwünschungen, Beschimpfungen, Hinweise auf bestehende von anderen drohende Gefahren, auf die der Täter keinen Einfluss zu haben vorgibt oder Prahlerien genügen den Anforderungen nicht. Auf die Ernstlichkeit der Drohung kommt es nicht an, es kommt darauf an, wie ein verständiges Opfer diese unter Ansehung der Umstände gewürdigt hätte⁴⁹. Die Drohung muss also den Tatbestand der StGB §§ 240, 241 erfüllen⁵⁰. Sie muss sich auf die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit oder Freiheit des Antragstellers beziehen, alleine die Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit oder die Drohung mit einer Sachbeschädigung genügt nicht⁵¹.
- 33** Einzelfälle: Die Drohung, das Haus mit dem Radlader zusammenzuschieben, genügt nicht⁵², „Was willst du überhaupt, du kleiner Wichser“, verbunden mit einer Drohgebärde genügt nicht, wenn die Äußerung Teil einer längeren verbalen Auseinandersetzung ist⁵³.
- 34** b) **Eindringen in befriedetes Besitztum (Nummer 2 lit a).** Nach Nummer 2 lit a sind Anordnungen auch möglich, wenn ein widerrechtliches und vorsätzliches Eindringen in die Wohnung oder das befriedete Besitztum des Antragstellers begangen wurde. Der Anordnungsanspruch ist hier in BGB §§ 1004, 823 Abs 2, StGB § 123 zu sehen bzw BGB § 1004 oder § 862. Auch liegt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor, da die Wohnung als räumlicher Rückzugsort für die freie Entfaltung der Persönlichkeit absolut notwendig ist. Das Eindringen in die Geschäftsräume genügt nicht⁵⁴. Das Eindringen in den Garten oder Hofraum als befriedetes Besitztum genügt jedoch⁵⁵. Es besteht insofern bzgl Wohnungen Gleichlauf zu StGB § 123⁵⁶, allerdings genügt das Verweilen gegen den Willen des Berechtigten nicht.
- 35** c) **Nachstellung (Nummer 2 lit b).** Schutzanordnungen sind auch dann möglich, wenn eine Verletzung alleine des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt in der Form der unzumutbaren Belästigung durch Nachstellung oder Verfolgung durch Fernkommunikationsmittel⁵⁷. Hier liegt der Anordnungsanspruch alleine in BGB §§ 823, 1004, 12 analog in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht bzw BGB § 823 Abs 2 in Verbindung mit StGB § 238⁵⁸. Die unzumutbare Belästigung muss in der Form der Nachstellung oder Verfolgung durch Fernkommunikationsmittel bestehen. Eine andere Tatmodalität rechtfertigt keine Anordnung nach GewSchG, sondern ist über das normale Zivilrecht zu verfolgen, wie etwa wiederholte Sachbeschädigung⁵⁹. Dass derartige Verhalten das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt, wenn es einen permanenten Überwachungsdruck erzeugt, war schon vor Erlass des GewSchG anerkannt⁶⁰.
- 36** Notwendig ist dabei eine unzumutbare Belästigung, so dass nicht jedes unerwünschte oder unangenehme Verhalten bereits diese Schwelle überschreitet. Nötig ist die weit über das übliche hinausgehende beständige Kontaktaufnahme mit dem Opfer, sei es durch demonstrative ständige (passive) Anwesenheit, ständige Briefe, SMS oder Anrufe⁶¹. Dabei ist kurzfristig in quantitativer Hinsicht vom Opfer mehr hinzunehmen, als langfristig. So rechtfertigen mehrere Nachrichten an einem Wochenende keine Anordnung, während schon wenige Nachrichten über einen längeren

48 BGH NJW 2011, 1005 – Abs 8.

49 AA Müller, in: Hoppenz § 1 Rz 31, der nur auf die subjektive Sicht der Opfers abstellen will; wie hier: Weinrich, in: Gerhard/v Heintschel-Heinegg/Klein, Kapitel J Rz 430; Leis, in: Juris-PK § 1 GewSchG Rz 15; Bremen MDR 2010, 746 mit krit Anmerkung bei Schäfer, jurisPR-StrafR 9/2010 Anm 4; Weinreich, in: PWW § 1 GewSchG Rz 7; Schleswig-Holsteinisches OLG NJW-RR 2004, 156f; Rostock FamRZ 2007, 921.

50 Weinrich, in: Gerhard/v Heintschel-Heinegg/Klein, Kapitel J Rz 430; Schulte-Burnert, RPfeger-Stud 2003, 129, 130; Bremen MDR 2010, 746; Viefhues, ZFE 2004, 103, 103.

51 Leis, in: Juris-PK § 1 GewSchG Rz 13; Götz, in: Johannsen/Henrich § 1 GewSchG Rz 7; Hinweise zu

Unterlassungsansprüchen bei Sachbeschädigungen gibt Viefhues, ZFE 2004, 103, 107.

52 Rostock FamRZ 2007, 921 mAnm Müller, FamRB 2007, 334.

53 Bremen NJW-RR 2010, 1591

54 Müller, in: Hoppenz § 1 GewSchG Rz 32; Schumacher/Janzen Rz 72.

55 Reinken, in: Beck-OK Rz 33.

56 Viefhues, ZFE 2004, 103, 103.

57 Dazu Kraus, Zivilrechtlicher Schutz vor Nachstellungen.

58 Rechtsprechungsübersicht zu § 238 StGB findet sich bei Krüger, NStZ 2010, 546.

59 Reinken, in: Beck-OK Rz 36.

60 Fischer, MDR 1997, 120, 120ff; siehe auch Beater, § 823 Anh IV Rn 78.

61 Weinreich, in: PWW § 1 GewSchG Rz 7.

Zeitraum durchaus eine Anordnung rechtfertigen können. Entscheidend ist das Gesamtbild, das zu einer Unzumutbarkeit führen muss. Ist bei elektronischer Kommunikation eine dem Opfer zumutbare technische Sperrmöglichkeit vorhanden, ist die Belästigung nur dann unzumutbar, wenn diese Sperre unterlaufen wird⁶².

Auch das wiederholte unerlaubte Fotografieren oder Filmen einer Person kommt als Anlass für die Anordnung in Frage, also insbesondere Paparazzi⁶³, Privatdetektive oder auch jede andere Person, die dies nachhaltig tut⁶⁴. Hier ist jedoch unter besonderer Berücksichtigung der Pressefreiheit gegebenenfalls ein berechtigtes Interesse gegeben. **37**

Die Belästigung muss gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Antragstellers erfolgen. Es genügt also nicht die passive Hinnahme der Belästigungen durch das Opfer, es muss vielmehr aktiv dem Täter mitteilen, dass es das beanstandete Verhalten, das schließlich die Anordnung begründet nicht wünscht. Dabei ist jedoch die pauschale Aufforderung das Opfer „in Ruhe zu lassen“ sicherlich ausreichend, wenn dadurch klar gestellt ist, dass kein wie auch immer gearteter Kontakt gewünscht ist. Widersprüchliches Verhalten geht hier zu Lasten des Opfers. Lässt sich also das Opfer zwischenzeitlich wieder auf die Kontaktversuche ein, ist anschließend erneut ein klar artikulierter ausdrücklicher Wille erforderlich. Die Literatur geht davon aus, dass bei objektiv unzumutbaren Belästigungen eine tatsächliche Vermutung dafür spricht, dass das Opfer dem Täter unmissverständlich zu verstehen gegeben hat, dass es die Belästigung nicht wünscht⁶⁵. Dies gilt jedenfalls dann, wenn aufgrund Qualität oder Quantität der Belästigungen deren Unzumutbarkeit feststeht und diese grundsätzlich nicht sozialadäquat sind. Sind derartige Kontakte jedoch während der Beziehung oder in vergleichbaren Beziehungen üblich, gilt diese Vermutung nicht⁶⁶. **38**

Das Gesetz verlangt eine ausdrückliche Untersagung durch das Opfer, so dass es nicht genügt, wenn mit einem Einverständnis mit der Kontaktaufnahme nicht gerechnet werden kann⁶⁷. Zwar mag der Täter nicht unbedingt mit einem Einverständnis rechnen, trotzdem hat die ausdrückliche Untersagung nicht nur die Funktion, das fehlende Einverständnis zum Ausdruck zu bringen, sondern auch den Täter zu warnen. Rein tatsächlich sollte es das Opfer jedoch bei einer einzigen ausdrücklichen Untersagung belassen, da gehäufte Untersagungen den Täter motivieren können, das Stalking fortzusetzen⁶⁸. **39**

Eine Belästigung ist dabei ausweislich des GewSchG § 1 Abs 2 Satz 2 nicht unzumutbar, wenn sie der Wahrnehmung berechtigter Interessen dient. Wiederholte Anrufe oder Kontaktaufnahmen zur Verfolgung von Rechtsansprüchen oder zur Anbahnung von Umgang mit gemeinsamen Kindern fällt daher schon auf der Tatbestandsebene aus GewSchG § 1 heraus, ebenso wie etwa notwendige Kontakte im gemeinsamen Betrieb⁶⁹. Auch kommt ein berechtigtes Interesse in Frage, wenn im Unterhaltsverfahren das Zusammenleben mit einem neuen Partner bewiesen werden soll⁷⁰. Das berechtigte Interesse des Absatzes 2 Satz 2, das nur für Nummer 2 lit b gilt, ist zu trennen vom berechtigten Interesse auf Rechtsfolgenseite, dass das Gericht immer zu beachten hat. Durch die zusätzliche Einführung auf Tatbestandsebene trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass die Kontaktaufnahme grundsätzlich ein sozialadäquates Verhalten darstellt und so beim Vorliegen eines berechtigten Interesses gar keine Anordnung gerechtfertigt ist und diese nicht nur auf Rechtsfolgenseite zu beschränken ist. Ebenso kann die Pressefreiheit bei Nachstellungen durch Journalisten ein solches Interesse darstellen⁷¹. **40**

Einzelfälle: Keine Belästigung stellt das zweimalige Beobachten aus einer Entfernung von 500 m dar⁷². Bei StGB § 238 lässt das Landgericht Lübeck⁷³ bereits zwei Kontaktversuche in 5 Monaten genügen; es genügt wenn E-Mails des Antragsgegners erwarten lassen, dass dieser nicht bereit ist, die Trennung zu akzeptieren und der Antragstellerin weiter nachstellt⁷⁴; die einmalige Kontaktaufnahme mit der leiblichen Tochter aus Sorge um ihre psychische Gesundheit genügt nicht⁷⁵; drei E-Mails binnen drei Minuten des Ehemanns an seine Frau, mit der er seinen Gefühlen Ausdruck verleiht, stellen keine unzumutbare Belästigung dar⁷⁶. **41**

62 Götz, in: Johannsen/Henrich § 1 GewSchG Rz 10.

63 Dazu eingehend U Walter, ZUM 2002, 886; Kraus, S 154 ff.

64 Müller, in: Hoppenz § 1 GewSchG Rz 35.

65 Schulz, in: Schulz/Haus § 1 GewSchG Rz 18; Haußleiter/Schulz, Kap 11 Rz 10.

66 Götz, in: Johannsen/Henrich § 1 GewSchG Rz 13.

67 a. A. Götz, in: Johannsen/Henrich § 1 GewSchG Rz 11.

68 Dazu und zu anderen außerrechtlichen Möglichkeiten gegen Stalking vorzugehen Kühner, FPR 2006, 186; einen Leitfaden für Stalking-Opfer findet man bei Stürmer, FPR 2006, 190.

69 Viefhues, ZFE 2004, 103, 103.

70 Müller, in: Hoppenz § 1 GewSchG Rz 36; Viefhues, ZFE 2004, 103, 104.

71 Kraus, S 158 ff.

72 Weinrich, in: Gerhard/v Heintschel-Heinegg/Klein, Kapitel J Rz 432; Koblenz, NJW-RR 2010, 660; Weinrich, in: PWW § 1 GewSchG Rz 7.

73 LG Lübeck, JuS 2008, 553.

74 Köln FamRZ 2011, 132.

75 Karlsruhe WuM 2011, 477.

76 AG Flensburg FPR 2005, 53.

- 42** 3. **Widerrechtlichkeit.** Die Tat muss widerrechtlich sein, was bei § 1 Abs 1 und Abs 2 Nummer 1 und Nummer 2 lit a) wie grundsätzlich im Deliktsrecht vermutet wird⁷⁷. Die Widerrechtlichkeit entfällt bei Fällen der Notwehr (BGB § 227), des Notstands (§§ 228, 904) einschließlich des übergesetzlichen Notstandes (§§ 228 ff), erlaubte allgemeine Selbsthilfe (§ 229), Selbsthilfe von Besitzer und Besitztziener (§§ 859, 860), Vermieter (§ 562b) und Eigentümer (§ 910). Auch die Einwilligung des Opfers kommt als Rechtfertigungsgrund in Frage. Insofern ist auf die Kommentierung zu BGB § 823 zu verweisen (dort Rz 199 ff) Liegt ein Fall des Absatzes 2 Nummer 2 lit b vor, ist aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Rahmenrecht die Widerrechtlichkeit durch eine Abwägung zu ermitteln (siehe § 823 Anh IV Rz 33). Die Widerrechtlichkeit wird jedoch im Regelfall vorliegen, wenn das Tatbestandsmerkmal der „Unzumutbarkeit der Nachstellung“ erfüllt ist und kein berechtigtes Interesse des Täters vorliegt. Insofern ist eine doppelte Prüfung meist nicht notwendig.
- 43** 4. **Vorsatz.** Alle Tathandlungen setzen Vorsatz wenigstens in der Form „dolus eventualis“ voraus⁷⁸. Fahrlässige Begehungsweisen sind daher ausgeschlossen⁷⁹. Angesichts der Tatsache, dass sich fahrlässige Begehungen letztlich der Kontrolle durch den Täter entziehen ist diese Einschränkung auch sinnvoll. Bei fahrlässigen Begehungsweisen bleibt es nach GewSchG § 3 Abs 2 bei den normalen Ansprüchen aus §§ 823, 1004, 12 auf Unterlassung⁸⁰.
- 44** 5. **Wiederholungsgefahr.** Der Anspruch setzt eine Wiederholungsgefahr voraus. Diese wird durch das tatbestandliche Verhalten des Täters indiziert und zwar sowohl nach § 1 Abs 1 und Abs 2⁸¹. Die Feststellungslast für deren Entfallen trägt der Antragsgegner. Die Anforderungen der Rechtsprechung an die Wiederlegung sind hoch⁸². So gaben in einer Richterbefragung 2003 91,7 % der Richter an, eine Wohnungszuweisung nach GewSchG § 2 selten oder sehr selten aufgrund der Wiederlegung der Wiederholungsgefahr abzulehnen⁸³.
- 45** Der Antragssteller muss die Wiederholungsgefahr auch nicht darlegen. Die Wiederholungsgefahr kann jedoch durch Zeitablauf entfallen, wenn die Anlasstat weit zurück liegt⁸⁴. Das kann auch der Fall sein, wenn das Hauptsacheverfahren eine lange Verfahrensdauer aufweist⁸⁵. Eine Verjährung des quasi-negatorischen Anspruchs ist aufgrund einer hier vertretenen analogen Anwendung des BGB § 204 Nummer 9 ausgeschlossen (siehe dazu Rz 48). Fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass Täter und Opfer erneut aufeinander treffen werden, da sie keinerlei soziale Nähe aufweisen und die Anlasstat lediglich Ergebnis eines zufälligen Aufeinandertreffens war, wird dem Täter ausnahmsweise die Wiederlegung der Wiederholungsgefahr gelingen⁸⁶.
- 46** Ein Angebot, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben oder bloße Versprechen, genügen regelmäßig nicht⁸⁷. Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung kann jedoch ohnehin nur zu Stande kommen, wenn der Gestörte diese vom Störer akzeptiert oder fordert (siehe dazu Münch BGB § 1004 Rz 223). Außerhalb des Gewaltschutzgesetzes jedoch entfällt durch eine grundlose Ablehnung eines Angebots auf Unterlassungserklärung durch den Störer die Wiederholungsgefahr für den Unterlassungsanspruch⁸⁸. Im Anwendungsbereich des GewSchG ist jedoch die Möglichkeit der Vollstreckung durch unmittelbaren Zwang nach FamFG § 90 Abs 1 ein anzuerkennender Grund für die Ablehnung einer solchen Unterlassungserklärung, weshalb das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfällt. Ebenso ist die Strafbarkeit nach GewSchG § 4 ein anzuerkennender Grund. Lässt jedoch das Opfer sich auf eine Unterlassungserklärung ein, entfällt die Wiederholungsgefahr jedenfalls, soweit keine neuen Indizien zu Tage treten, die eine (neue) Wiederholungsgefahr begründen. Insofern lässt sich die Dogmatik der strafbewehrten Unterlassungserklärung ohne Brüche auf das GewSchG übertragen.
- 47** Ausnahmsweise kann unter den gleichen Voraussetzungen, die den Unterlassungsanspruch nach BGB §§ 823, 1004 begründen auch die drohende Erstbegehung eine Anordnung rechtfertigen⁸⁹.

77 Reinken, in: Beck-OK Rz 15; Bruns, FamRZ 2012, 1024, 1028.

78 Müller, in: Hoppenz § 1 GewSchG Rz 11.

79 Schulte-Burnert, RPflegler-Stud 2003, 129, 130.

80 Viefhues, ZFE 2004, 103, 105; Bruns, FamRZ 2012, 1024, 1024.

81 Müller, in: Hoppenz § 1 GewSchG Rz 23; Schulz, in: Schulz/Haus § 1 GewSchG Rz 16; Weinreich, in: PWW § 1 GewSchG Rz 9; OLG FamRZ 2011, 132.

82 Vgl dazu BayObLG NJW-RR 1987, 2223; Brandenburg NJW-RR 2006, 220; Celle, FamRZ 2009, 1751.

83 Rupp, Isb-Studie, S 92.

84 Weinreich, in: PWW § 1 GewSchG Rz 9; Celle, FamRZ 2009, 1751.

85 Leis, in: Juris-PK § 1 GewSchG Rz 27; Celle FamRZ 2009, 1751.

86 Weinreich, in: PWW § 1 GewSchG Rz 9; aA Saarbrücken, NJW-RR 2006, 747, das davon ausgeht, dass dann bereits das Indiz entfällt; Schulte-Burnert, RPflegler-Stud 2003, 129, 130 wirft die Frage für Großveranstaltungen und Fußballspiele auf.

87 Stuttgart FamRZ 2007, 829; Sachsen-Anhalt v 30.07.2009 - 3 UF 126/09; Leis, in: Juris-PK § 1 GewSchG Rz 28.

88 Stuttgart FamRZ 2007, 829 und Sachsen-Anhalt v 30.07.2009 - 3 UF 126/09; BGH NJW 1985, 191 (weitere Nachweise bei Münch, § 1004 Fußnote 1386).

89 Weinreich, in: Gerhard/v Heintschel-Heinegg/Klein, Kapitel J Rz 436; zu den Voraussetzungen siehe § 823 Anh IV Rz 218; Weinreich, in: PWW § 1 GewSchG Rz 9; aA, Reinken, in: Beck-OK Rz 19,