

§ 4 GewSchG und der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Marcus Bergmann, Wiss. Mitarbeiterin Susann Kroke, Halle*

I. Einleitung

Im Jahr 2007 wurde mit § 238 StGB erstmals eine Norm in das Kernstrafrecht aufgenommen, die die Nachstellung unter Strafe stellt.¹ Begleitet wurde die Einführung des neuen Paragraphen von nicht wenigen kritischen Stimmen.² Geringere Aufmerksamkeit in der Fachwelt wurde § 4 GewSchG zuteil, der überwiegend ganz ähnliche Verhaltensweisen pönalisiert. Die Diskrepanz in der – öffentlichen und fachlichen – Wahrnehmung mag dabei dem geringen Strafraum von höchstens einem Jahr Freiheitsstrafe geschuldet sein,³ erklärt sich wohl aber auch aus dem Umstand, dass das Gewaltschutzgesetz ausweislich seines vollständigen Titels dem zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen dient.⁴ Erst in dem letzten der lediglich vier Paragraphen findet sich eine Strafvorschrift, die als Blankettnorm zunächst wenig aussagekräftig ist. In der Praxis wird das Gewaltschutzgesetz häufig in Fällen häuslicher Gewalt herangezogen. Anders als das durch außenstehende Dritte begangene Stalking, welches in viel eindeutigeren Kategorien abläuft, werfen Fälle häuslicher Gewalt schwierigere Einzelfragen auf, die sich auch auf die Anwendung von § 4 GewSchG niederschlagen. Im Rahmen dieses Beitrags soll besonders das strafrechtliche Problem der Einwilligung in den Vordergrund gestellt werden.

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Christian Schröder) an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ Durch Art. 1 des Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (40. StrÄndG) v. 22.3.2007, BGBl. I 2007, S. 354. Zum langwierigen Gesetzgebungsverfahren vgl. BT-Drs. 16/575, 16/1030, 16/3641 u. 16/3663. Der Gesetzesbeschluss findet sich in BR-Drs. 46/07.

² Vgl. beispielhaft *Neubacher*, ZStW 118 (2006), 855 (865 ff.); *Kinzig*, ZRP 2006, 255 (257 f.); *Pollähne*, StraFo 2006, 398 (401); *Steinberg*, JZ 2006, 30; *Vander*, KritV 2006, 81 (88 ff.); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 10. Aufl. 2009, § 16 Rn. 9; *Valerius*, JuS 2007, 319 (324); *Gazeas*, JR 2007, 497 (501 f., 505); *Beck*, GA 2012, 722.

³ *Pollähne*, StraFo 2006, 398 (399), weist zurecht darauf hin, dass des Öfteren §§ 154 f. StPO Anwendung finden dürften, sofern noch andere Delikte wie Körperverletzung oder Nötigung verwirklicht sind.

⁴ Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen, vgl. BGBl. I 2001, S. 3513. Um die Lesbarkeit des Textes zu fördern, soll im Weiteren die abgekürzte – und mittlerweile auch einbürgerte Formulierung – „Gewaltschutzgesetz“ verwendet werden. *Meyer*, ZStW 115 (2003), 249 (270 ff.), hält § 4 GewSchG für ungeeignet zur Pönalisierung des Stalking.

II. Die Regelungstechnik und der Schutzzweck von § 4 GewSchG

1. Blankettstrafgesetzgebung

Nach § 4 GewSchG wird bestraft, wer einer bestimmten vollstreckbaren Anordnung nach § 1 Abs. 1 S. 1 oder 3, jeweils auch in Verbindung mit Abs. 2 S. 1, zuwiderhandelt. § 4 GewSchG normiert also keine eigenen Tatbestandsmerkmale, sondern wird durch eine vollstreckbare Anordnung konturiert.⁵ Es handelt sich bei § 4 GewSchG folglich um eine sogenannte „voll ergänzungsbedürftige“ Blankettstrafnorm.⁶ Sie verweist zur Ausfüllung völlig auf die gerichtliche Anordnung.⁷ Die gerichtliche Anordnung enthält als Ausfüllungsnorm daher den eigentlichen Normbefehl und damit die „nähere Umschreibung des strafbewehrten Unrechts“.⁸ Obwohl das Zivilprozessrecht selbst repressive Mittel zur Verfügung stellt, um die Einhaltung der Anordnung zu gewährleisten,⁹ hat der Gesetzgeber zur effektiven Durchsetzung die Anord-

⁵ So auch die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 14/5429, S. 39.

⁶ Zum Begriff *Schützendübel*, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 2012, S. 62; *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, S. 7, 12; vgl. *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 95. Zum Blankettstrafgesetzcharakter von § 4 GewSchG OLG Hamburg, Beschl. v. 29.4.2010 – 2 – 30/09 (REV), 2 – 30/09 (REV) – 1 Ss 77/09, Rn. 49 (juris); *Hegmanns*, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 117 (S. 118 f.); *Pollähne*, StV 2005, 503 (505); *Rinio*, ZfJ 2005, 489 f. Vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 14/5429, 39.

⁷ Vgl. dazu *Lampe*, jurisPR-StrafR 5/2011 Anm. 2, S. 3 f. Die Anordnung stellt regelmäßig nicht auf ein Handeln entgegen dem Willen des Opfers ab, sondern stellt Verbote bzw. Gebote auf. Deshalb kann eine Einwilligung allenfalls rechtfertigenden Charakter haben, zum Ganzen *Rinio*, ZfJ 2005, 489 f.; *Pollähne*, StV 2005, 503 (504). Da § 4 GewSchG dem keine tatbestandlichen Voraussetzungen hinzufügt, bietet sich auch hier kein Anknüpfungspunkt für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis, vgl. zur a.A. *Breidenstein*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth (Hrsg.) juris Praxis Kommentar BGB, 6. Aufl. 2012, § 4 GewSchG Rn. 9 f.

⁸ Vgl. *Schützendübel* (Fn. 6), S. 62; *Karpen* (Fn. 6), S. 95; *Wilke*, Grenzen einheitlicher Rechtsanwendung von Ver- und Geboten des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG), 2010, S. 157; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.4.2010 – 2 – 30/09 (REV), 2 – 30/09 (REV) – 1 Ss 77/09, Rn. 49 (juris). Anders *Meyer*, ZStW 115 (2003), 249 (270 ff.), dem zufolge nur der Ungehorsam gegenüber der Anordnung sanktioniert wird.

⁹ § 96 FamFG verweist auf die anwendbaren Normen des Zwangsvollstreckungsrechts der ZPO. Ordnungsgeld und -haft nach § 890 ZPO können sogar neben einer Strafe aus § 4 GewSchG verhängt werden, vgl. *Brudermüller*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl. 2013, § 4 GewSchG Rn. 3.

nung noch durch eine Blankettstrafnorm flankiert.¹⁰ § 4 GewSchG soll die Einhaltung und damit die Wirkung der Anordnung stärken und dadurch zusätzlich sicherstellen, dass derjenige, dem gegenüber sie erlassen wurde, ihr Folge leistet.¹¹

2. Akzessorischer Schutzzweck der Strafnorm

Damit allein ist noch nicht die Frage nach dem Schutzzweck der Norm beantwortet. Vielmehr ist diese in für die Blankettgesetzgebung typischer Weise dahingehend modifiziert, aus welchem Grund ausgerechnet bei Missachtung einer richterlichen Anordnung nach dem Gewaltschutzgesetz eine strafrechtliche Sanktion verhängt werden muss. Schutzzweck eines Blankettstrafgesetzes ist nämlich (allein) der Schutzzweck der Ausfüllungsnorm,¹² also im Falle von § 4 GewSchG der Schutzzweck der gerichtlichen Anordnung. Nach § 1 GewSchG ermöglicht es die Anordnung, auch Verhaltensweisen zu verbieten, die keinen Straftatbestand erfüllen und damit per se strafrechtlich erlaubt sind, allerdings in bestimmten zwischenmenschlichen Beziehungen ein nicht mehr tolerierbares Gefahrenpotential in sich tragen. Das Gericht konturiert mithilfe seiner Anordnung nur den Gefahrenbereich.¹³ Durch § 4 GewSchG soll eine effektive Durchsetzung der Anordnung gewährleistet werden, weil durch die gerichtliche Anordnung absolute Rechte des Einzelnen geschützt werden.¹⁴ § 4 GewSchG dient also dem Schutz dieser individuellen Rechtsgüter.¹⁵ Daher muss einer Ansicht, die den Schutzzweck des § 4 GewSchG allein darin erblickt, die

¹⁰ Vgl. RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (17, 32 f.).

¹¹ Kritisch dazu Müller, FF 2002, 43 (46 Fn. 23), der dem Gesetzgeber vorwirft, mit der Strafnorm über das eigentliche Ziel des Gewaltschutzes hinausgeschossen zu sein. Der Wunsch des Opfers nach Bestrafung sei nämlich zweitrangig. Zu diesem Befund vgl. Hesse/Queck/Lagodny, JZ 2000, 68 (69), m.w.N.

¹² Wilke (Fn. 8), S. 157; vgl. Walter, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 969 (S. 988 f.). Demgegenüber sieht es von der Heide, Tatbestands- und Vorsatzprobleme bei der Steuerhinterziehung nach § 370 AO, 1986, S. 157 f., gerade als kennzeichnendes Wesensmerkmal von Blankettstrafgesetzen (in Abgrenzung zur Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale) an, dass diese den gleichen Schutzzweck verfolgen wie die Ausfüllungsnorm.

¹³ Vgl. Borchert, FPR 2004, 239 (240), dazu, dass es dem Gesetzgeber aufgrund der individuell sehr unterschiedlichen Fallgestaltungen nicht möglich war, den Gefahrenbereich legislatorisch zu definieren.

¹⁴ Vgl. RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (17, 32 f.); Borchert, FPR 2004, 239 (240). Weiterhin soll der Kreis des strafbaren Verhaltens weiter gezogen werden, damit zum Schutz vor weiteren Belästigungen polizeirechtliche Maßnahmen angewendet werden können, die tatbestandlich eine drohende Straftatbegehung voraussetzen.

¹⁵ Vgl. dazu Freytag, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 191. Lfg., Stand: September 2012, G 57, § 1 GewSchG Rn. 1 f.; Rinio, ZfJ 2005, 489 (490).

Befolgung richterlicher Anordnungen zu gewährleisten bzw. sie effektiver durchzusetzen,¹⁶ eine Absage erteilt werden. Dass eine Anordnung nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GewSchG einem polizeirechtlichen Platzverweis ähnelt, bewirkt zudem nicht, dass sie als Rechtsgut die öffentliche Sicherheit schützt.¹⁷ Auch eine solche Anordnung dient allein dem Schutz des Antragstellers, also individuellen Rechtsgütern.

Um diesen Schutzzweck und damit die Grenzen der Strafnorm in § 4 GewSchG genauer einordnen zu können, müssen allerdings die rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen einer vollstreckbaren Anordnung und die Funktion des Gewaltschutzgesetzes im Rechtssystem näher untersucht werden.

3. Das GewSchG und seine Funktion im Rechtssystem

a) Regelungsinhalt des Gewaltschutzgesetzes

Das Gewaltschutzgesetz wurde 2002 als Teil eines Aktionsplanes zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen erlassen.¹⁸ Wegen der sprachlich neutralen Formulierung ist seine Anwendung jedoch weder limitiert auf Fälle häuslicher Gewalt noch auf Gewalt gegen Frauen.¹⁹ Durch das Gewaltschutzgesetz sollte insbesondere das Verfahrensrecht überarbeitet werden, damit die von unzumutbarer Belästigung Betroffenen schneller und effektiver Rechtsschutz erhalten.²⁰ Das Gewaltschutzgesetz hält also in dieser Hinsicht keine neue Anspruchsgrundlage für die Opfer unzumutbarer Belästigungen bereit, sondern erleichtert ihnen nur die gerichtliche Durchsetzung des althergebrachten Unterlassungsanspruchs analog §§ 12, 823, 1004 BGB.²¹ Näheres zur Geltendmachung des Anspruchs erfährt der Gesetzesanwender in § 1 GewSchG. Die Norm ermächtigt ein Gericht, die zur Abwendung weiterer Verletzungen erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wenn eine Person vorsätzlich den Körper, die Gesundheit oder die (körperliche Fortbewegungs-)Freiheit²² einer anderen Person widerrechtlich verletzt hat. Das Spektrum der Anlassgründe für eine gerichtliche Anordnung wird darüber hinaus in § 1 Abs. 2

¹⁶ So Bruder Müller (Fn. 9), § 4 GewSchG Rn. 1; Krüger, FPR 2011, 219 (220). In dieser Richtung wohl auch Meyer, ZStW 115 (2003), 249 (271 f.), der einer Zuwiderhandlung daher den Unwertgehalt einer bloßen Ordnungswidrigkeit zuweist.

¹⁷ So aber Heghmanns (Fn. 6), S. 117 (121).

¹⁸ RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10. Der Aktionsplan findet sich in BT-Drs. 14/2812.

¹⁹ Zum persönlichen Anwendungsbereich vgl. RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (17).

²⁰ Vgl. RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10.

²¹ Vgl. dazu RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (12). Vgl. aus Rechtsprechung und Literatur: LG Oldenburg NJW 1996, 62; Bassenge, in: Palandt (Fn. 9), § 1004 Rn. 2. Zu den Problemen bei Geltendmachung und Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs vor Inkrafttreten des Gewaltschutzgesetzes vgl. RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (15 f.).

²² OLG Rostock FamRZ 2007, 921 (922); Krüger, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 6. Aufl. 2013, § 1 GewSchG Rn. 12; Breidenstein (Fn. 7), § 1 GewSchG Rn. 14.

GewSchG erweitert auf widerrechtliche Drohungen, auf das widerrechtliche und vorsätzliche Eindringen in die Wohnung bzw. befriedetes Besitztum und auf unzumutbare Belästigungen. Die gerichtliche Anordnung hat also stets eine Vorgeschiede, in der eine Person die Freiheitsphäre einer anderen Person verletzt hat. Die durch die Anlasstat verletzte Person kann den Erlass einer vollstreckbaren Anordnung gegen den Verursacher beantragen. Für die auf § 1 Abs. 1, Abs. 2 GewSchG gestützte Anordnung²³ ist nach § 210 FamFG²⁴ das Familiengericht zuständig. Es prüft die Voraussetzungen des § 1 GewSchG und legt im Falle der Wiederholungsgefahr,²⁵ die regelmäßig vermutet wird,²⁶ nach seinem Ermessen den Inhalt der Anordnung fest. Dabei orientieren sich die meisten Gerichte an den gesetzlichen Beispielen in § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 bis Nr. 5 GewSchG.²⁷ So kann dem Täter nach Nr. 1 untersagt werden, die Wohnung der verletzten Person zu betreten, oder nach Nr. 3 ein Verbot ausgesprochen werden, bestimmte Orte aufzusuchen, an denen sich die verletzte Person regelmäßig aufhält.²⁸ § 2 GewSchG enthält ferner eine

²³ v. Pechstaedt, NJW 2007, 1233, hält es in einigen Fällen für günstiger, sich nicht auf das GewSchG zu berufen, sondern die allgemeinen Normen des BGB und der ZPO zu Grunde zu legen.

²⁴ Vor Inkrafttreten des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) am 1.9.2009 (BGBl. I 2008, S. 2586) waren nach §§ 23a, 23b GVG entweder das Familiengericht oder Zivilgericht zuständig; vgl. dazu *Dubiel*, in: Holzer (Hrsg.), FamFG – Kommentar zum FamFG, 2011, § 210 Rn. 1.

²⁵ Zu dieser ungeschriebenen Voraussetzung von § 1 GewSchG: OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 747 f.; v. Pechstaedt, NJW 2007, 1233. Die Wiederholungsgefahr muss auch bestehen, um eine Anordnung analog §§ 12, 823, 1004 BGB zu erlangen, vgl. BGHZ 140, 1 (10); *Bassenge* (Fn. 21), § 1004 Rn. 32; *Borchert*, FPR 2004, 239 (240).

²⁶ Bei einem gewalttätigen Anlass wird die Wiederholungsgefahr stets vermutet, insbesondere wenn Antragsteller und Antragsgegner in einer engen sozialen Beziehung stehen, vgl. RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (18 f.); OLG Brandenburg NJW-RR 2006, 220; OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 747 f.; OLG Celle NJW-RR 2009, 1307 (1308); *Freytag* (Fn. 15), § 1 GewSchG Rn. 5; *Heinke*, GewSchG, 2012, § 1 Rn. 29; *Reinken*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar zum GewSchG, Stand: 1.5.2012, § 1 Rn. 19; *Müller*, NJW 2010, 2640.

²⁷ v. Pechstaedt, NJW 2007, 1233, bemängelt die dadurch verursachte Einschränkung der richterlichen Kreativität. *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (118 f.), äußert demgegenüber verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber Vorgaben, die über den gesetzlichen Katalog hinausgehen.

²⁸ Diese Formulierung stammt aus der Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 14/5429, S. 38. Ursprünglich war vorgesehen, dem Anlasstäter nur den Aufenthalt an solchen Orten zu verbieten, an denen sich das Opfer aufhalten muss. Für alle anderen Orte sei eine gesonderte Interessenabwägung

Ermächtigungsgrundlage für die Besitzeinräumung an einer gemeinsam genutzten Wohnung, ist also auf die Sonderkonstellation der häuslichen Gewalt gemünzt. Die vollstreckbare Anordnung muss – gerade mit Blick auf § 4 S. 1 GewSchG – auch hinreichend inhaltlich bestimmt sein,²⁹ sodass der Adressat erkennen kann, welches Verhalten strafbar ist, um sein Handeln daran auszurichten. Das Gericht hat bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, dass das grundsätzlich untersagte Verhalten ausnahmsweise der Wahrnehmung berechtigter Interessen dienen kann, vgl. § 1 Abs. 1 S. 3 GewSchG a.E. Dann müssen vom Gericht als berechtigt eingestufte Interessen in der Anordnung genannt werden³⁰ mit der Folge, dass der Adressat der Anordnung ihr nicht zuwider handelt, wenn er diese wahrnimmt. Idealerweise enthält die Anordnung nicht nur die Auskunft, auf § 1 GewSchG gestützt zu sein, sondern auch einen Hinweis auf die Strafbarkeit der Zuwiderhandlung nach § 4 GewSchG.³¹

Zusammenfassend soll mithilfe der Anordnung eine neuerliche Eskalation oder das Aufflammen eines zwischenmenschlichen Konflikts vermieden werden, indem ein weiterer Kontakt von Anlasstäter und Anlassopfer mithilfe konkreter Verhaltensverbote für den Anlasstäter verhindert wird. Dies gelingt dadurch, dass die Anordnung als „Schuss vor den Bug“ wahr- und ernst genommen wird, woraufhin einige Anlasstäter tatsächlich Abstand halten.³² Auch der Gesetzgeber muss zunächst davon ausgehen, dass gerichtliche Anordnungen beachtet werden und der Antragsteller die begehrte Unterlassung erreichen kann. Wer ein Gericht zur Durchsetzung seiner Rechte bemüht, dem muss schon durch die gerichtliche Entscheidung geholfen werden. Auf diesem Gedanken fußt das Gewaltmonopol des Staates.

erforderlich; vgl. die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 14/5429, S. 41.

²⁹ Dazu mahnt auch *Pollähne*, StraFo 2006, 398 (401); *ders.*, StV 2008, 143; vgl. *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (118).

³⁰ So auch RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (29). § 1 Abs. 1 S. 3 GewSchG a.E. ist also nur als Hinweis des Gesetzgebers an das entscheidende Gericht zu verstehen.

³¹ Vgl. zu den Mängeln in der Praxis die Ausführungen bei v. Pechstaedt, NJW 2007, 1233 (1234 f.).

³² *Peters*, NStZ 2009, 238 (239), schreibt diese Wirkung zumindest einer Beschuldigtenvernehmung in einem Ermittlungsverfahren wegen § 238 StGB zu. Er betont jedoch, dass gerade eine Strafverfolgung wegen eines Delikts aus dem Kernstrafrecht ein Unrechtsbewusstsein beim Täter steigere. Andererseits berichtet v. Pechstaedt, NJW 2007, 1233, von Fällen, in denen die Anordnung zu einer Eskalation geführt hat. Vgl. auch den Bericht von *Reinhold*, Informationen zum Gewaltschutzgesetz, 2010, abrufbar im Internet:

http://www.amtsgericht-otterndorf.niedersachsen.de/portal/liv_e.php?navigation_id=14312&article_id=59264_psmad=62 oder menügeführt über

<http://www.amtsgericht-otterndorf.niedersachsen.de> unter Informationen/Gewaltschutzgesetz (Stand: 8.2.2013). *Albrecht*, FPR 2006, 204 (208), und *Wagner*, FPR 2006, 208 (209), zweifeln an der Wirksamkeit des Schutzes durch eine gerichtliche Anordnung.

b) *Konfliktvermeidung in anderen Normen*

Das Gewaltschutzgesetz stößt damit in die (teilweise auch rechtspraktische) Lücke, die das Straf-, Zivil- und Polizeirecht hinterlassen, wenn es um präventive Abwehr individuell störenden Verhaltens geht.³³ Zwar kann die Anlasstat i.S.v. § 1 GewSchG selbst strafbar sein, z.B. als Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB oder als Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 StGB. Nur ändert sich dadurch für das Opfer der Anlasstat und seine Lebensumstände wenig. Denn mit einer strafrechtlichen Verurteilung wird zunächst nur das bereits begangene Unrecht sanktioniert. Einen besonderen, über die übliche präventive Funktion des Strafrechts hinausgehenden Schutz erlangt das Opfer also nicht.³⁴

Aus dem Anlassverhalten können überdies Schadensersatzansprüche erwachsen, die aber nur entstandene Nachteile kompensieren. Der allgemeine zivilrechtliche Unterlassungsanspruch analog §§ 12, 823, 1004 BGB bietet schon eher Abhilfe. Seine Geltendmachung nach den Verfahrensregeln der ZPO wird jedoch an Voraussetzungen geknüpft, die dem Opfer der Anlasstat einigebürden.³⁵ Dieser Nachteil verzögert oder verhindert eine schnelle Abhilfe, die störendes Verhalten in Zukunft unterbindet.

Ferner gibt es die Möglichkeit, den Anlasstäter mit den Mitteln des Polizeirechts auf Abstand zu halten. So kann der Täter der Wohnung verwiesen³⁶ und mit einem Rückkehrver-

³³ So auch hinsichtlich der Lücken auf Seiten des Zivilrechts RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (11). Ein Eingreifen der Polizei soll laut RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10, durch die Strafnorm in § 4 GewSchG ermöglicht werden.

³⁴ Diese Ansicht teilt auch *Borchert*, FPR 2004, 239. Dabei soll der präventive Schutz nicht gering geschätzt werden. Denn das StGB eröffnet die Möglichkeit, Auflagen und Weisungen zu erteilen, deren Missachtung wiederum sanktioniert werden kann, vgl. § 153a StPO; §§ 68b, 145a StGB. Diese Auflagen, wie z.B. Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung in § 46a StGB i.V.m. § 56b Abs. 2 Nr. 1 StGB, orientieren sich auch an den Bedürfnissen des Opfers, vgl. dazu Bundesregierung, Aktionsplan, BT-Drs. 14/2812, S. 1 (11 f.). Für schuldunfähige Täter sind Maßregeln der Besserung und Sicherung nach §§ 61 ff. StGB einschlägig.

³⁵ Vgl. *Dubiel* (Fn. 24), § 210 Rn. 2; *Kemper*, in: *Horndasch*, FamFG-Kommentar, 2. Aufl. 2011, Vor §§ 210 ff. Rn. 3 f. Nach § 253 ZPO muss ein konkreter Antrag gestellt werden, es gilt der Beibringungsgrundsatz. Der Vollzug richtet sich ebenfalls ausschließlich nach der ZPO.

³⁶ Vgl. die – größtenteils nach Inkrafttreten des GewSchG erlassenen – Normen der einzelnen Bundesländer: Art. 16 BayPAG, § 21 Abs. 3 SächsPolG, § 18 Abs. 2 ThürPAG. Spezialregelungen mit besonderer Berücksichtigung häuslicher Gewalt finden sich in: § 27a Abs. 3 BWPoLG, § 29a ASOG Bln, § 16a BbgPoLG, § 14a BremPoLG, § 12b HambSOG, § 31 Abs. 2 HSOg, § 52 Abs. 2 SOG M-V, § 17 Nds. SOG, § 34a PoLG NW, § 13 RhPfPOG, § 12 Abs. 2 SPoLG, § 36 Abs. 3 SOG LSA, § 201a SchlHVwG. Vgl. auch *Rachor*, in: *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. E Rn. 471 ff.

bot³⁷ belegt werden. Die Polizei ist auch ermächtigt, den Täter in Gewahrsam zu nehmen, insbesondere wenn er die Wohnungsverweisung missachtet.³⁸ Insgesamt stehen bei polizeilichen Maßnahmen Gefahrenabwehr und Verhütung von Straftaten im Vordergrund, sodass sich unter präventiven Gesichtspunkten zumeist eine schnelle Lösung finden lässt,³⁹ die auch unter Anwendung unmittelbaren Zwanges durchgesetzt werden kann. Die Voraussetzungen der jeweiligen Rechtsgrundlagen sind jedoch streng. Es muss eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung festgestellt werden, eine für Fälle häuslicher Gewalt typische latente Gefahr reicht nicht aus.⁴⁰ Mithin darf die Polizei nur in einer akuten Krisensituation einschreiten, wenn eine Verletzung unmittelbar bevorsteht. Die gefährdete Person kann aber bereits vorher erheblich psychisch belastet sein. Wohnungsverweisung und Ingewahrsamnahme sind zudem an enge zeitliche Grenzen gebunden.⁴¹ Sie eignen sich daher meist nur zur Bewältigung einer akuten Konfliktsituation, bieten jedoch keine dauerhafte Lösung. Um einen zeitlich und örtlich noch weiter gehenden Schutzschirm zu spannen, muss die individuelle Konfliktsituation zwischen Täter und Opfer Berücksichtigung finden, d.h. es muss bereits das Entstehen einer konkreten Gefahr vermieden werden.

c) *Vorverlagerung des Schutzes durch das GewSchG*

Anordnungen nach dem Gewaltschutzgesetz schließen die aufgezeigte Lücke, weil sie die frühzeitige Abwehr von Belästigungen ermöglichen. Sie bieten den Vollstreckungsbehörden eine wirkungsvolle Eingriffsgrundlage. Dafür sorgt u.a. § 216a FamFG, demzufolge das anordnende Gericht den zuständigen Polizeibehörden und anderen öffentlichen Stellen, die von der Durchführung der Anordnung betroffen sind, die Anordnung bzw. Änderungen oder die Aufhebung unverzüglich mitteilt, sofern es keine entgegenstehenden Rechte gibt.⁴² Insbesondere der Zeitpunkt des polizeilichen Ein-

³⁷ Vgl. allgemein *Rachor* (Fn. 36), Kap. E Rn. 471 ff. Beispielhaft für häusliche Gewalt § 27a Abs. 3 BWPoLG.

³⁸ § 30 Abs. 1 Nr. 3 ASOG Bln, § 17 Abs. 1 Nr. 4 BbgPoLG, § 15 Abs. 1 Nr. 4 BremPoLG, § 13 Abs. 1 Nr. 4 HambSOG, § 32 Abs. 1 Nr. 3 HSOg, § 55 Abs. 1 Nr. 5 SOG M-V, § 18 Abs. 1 Nr. 3 Nds. SOG, § 35 Abs. 1 Nr. 4 PoLG NW, § 14 Abs. 1 Nr. 3 RhPfPOG, § 22 Abs. 1 Nr. 4 SächsPolG, § 37 Abs. 1 Nr. 3 SOG LSA, § 204 Abs. 1 Nr. 5 SchlHVwG, § 19 Abs. 1 Nr. 3 ThürPAG, § 28 BWPoLG, Art. 17 BayPAG, § 13 SPoLG stellen nicht direkt auf eine Missachtung des Platzverweises ab. Zur geringen praktischen Relevanz dieser Ermächtigungsgrundlage *Rachor* (Fn. 36), Kap. E Rn. 533.

³⁹ So auch *Vieffhues*, FPR 2005, 32 (34). Vgl. ferner die Erwägungen des BVerfG, NJW 2002, 2225 f.

⁴⁰ Siehe dazu bei *Hesse/Queck/Lagodny*, JZ 2000, 68 (70 Fn. 40) m.w.N.

⁴¹ Vgl. dazu schon RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (24), und die Vorschriften in Fn. 37; auch *Rachor* (Fn. 36), Kap. E Rn. 491, 561 ff.

⁴² Um sicherzustellen, dass die für die Vollstreckung zuständigen Stellen Kenntnis von der Anordnung haben, sollte also darauf geachtet werden, dass der Antrag tatsächlich auf § 1

schreitens wird durch eine Anordnung vorverlagert. Denn eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung besteht auch in Fällen, in denen der Adressat die Anordnung missachtet oder eine Missachtung der Anordnung – und damit eine Straftat nach § 4 GewSchG – konkret droht.⁴³ Um nach einer akuten Konfliktsituation einen zeitlich lückenlosen Schutz bis zum Erlass einer einstweiligen Anordnung zu erreichen, muss jedoch weiterhin auf das Polizeirecht zurückgegriffen werden, was – gerade in Ansehung des Gewaltschutzgesetzes – in einigen Bundesländern zu detaillierten Regelungen geführt hat.⁴⁴

III. Gerichtliche Anordnung und die Möglichkeit der Einwilligung

1. Tatbestandsausschluss oder Rechtfertigungsgrund?

Die Wirklichkeit ist allerdings facettenreich. Die Ausschließlichkeit gerichtlicher Verfügungen reibt sich mit der Realität mehrdimensionaler Beziehungen. Menschen ändern ihre Meinung und vergeben einer Person, die sie wenige Tage vorher noch mit Hilfe eines Gerichts aus ihrem Leben fern halten wollten.⁴⁵ Dazu gehört nicht unbedingt eine besondere Wankelmütigkeit oder Sprunghaftigkeit. Vergebung kann schlicht das Resultat einer Reflexion über die eigenen Fehler und die Fehler der anderen sein. In diesem Fall bemüht sich der Antragsteller vielleicht sogar darum, die vollstreckbare Anordnung rückgängig zu machen. Einem solchen Schritt geht meist ein persönliches Versöhnungsgespräch voraus. Lädt das Anlassopfer den Anlassäter zu einem solchen Gespräch in die Wohnung ein, obwohl das Betreten der Wohnung bzw. die Annäherung auf weniger als 100 m per Anordnung untersagt wurde, dann verzichtet es auf den Schutz, der ihm von Seiten des Staates gewährleistet wird. Und dieser Verzicht muss möglich sein,⁴⁶ denn zur Freiheitssphäre beider Parteien gehört auch die Chance zur Versöhnung, die nicht durch eine völlige Kontaktsperre mit strafrechtlicher Sanktion ohne Regulierung über das Strafantragsrecht zunichte gemacht werden darf.

Deshalb stellt sich an dieser Stelle die Frage, wie dieser Verzicht rechtlich zu bewerten ist. Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis kommt nur dann in Betracht, wenn lediglich ein Verhalten gegen den Willen des geschützten Antragsstellers verboten wird. Dann gäbe es im Falle des Verzichts bereits keine Zuwiderhandlung. Somit wären weder zivilrechtliche Vollstreckung noch Bestrafung möglich.

bzw. § 2 GewSchG gestützt wird. Zu den Nachteilen dieser Vorgehensweise vgl. v. *Pechstaedt*, NJW 2007, 1233 (1235).

⁴³ Vgl. BT-Drs. 14/5429, S. 21. In diesem Sinne auch *Hermann*, NJW 2002, 3062.

⁴⁴ *Hermann*, NJW 2002, 3062 (3064); *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 135. Vgl. beispielhaft § 36 Abs. 3 SOG LSA, § 27a Abs. 3, 4 BWPoG und § 12b Hamb-SOG.

⁴⁵ In diesem Sinne auch LG Hechingen, Beschl. v. 8.8.2008 – 1 Qs 84/08 (juris).

⁴⁶ Vgl. auch die Wertung von *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (121).

Ebenso können die Verhaltensweisen selbst so umschrieben werden, dass sie nur gegen den Willen des Antragstellers überhaupt verwirklicht werden können.⁴⁷ Dies wird aber nicht der Regelfall sein, sodass der Verzicht des Antragstellers nur die Wirkung einer rechtfertigenden Einwilligung haben kann.

2. Disponibles Rechtsgut

Rechtfertigende Wirkung entfaltet eine Einwilligung allerdings nur im Hinblick auf Straftatbestände, die allein Individualrechtsgüter schützen.⁴⁸ In die Verletzung von Kollektivrechtsgütern oder überindividuellen Rechtsgütern wie der Sicherheit des Straßenverkehrs oder der staatlichen Rechtspflege kann niemand einwilligen.⁴⁹ § 4 GewSchG schützt auf den ersten Blick zwar die Durchsetzung einer vollstreckbaren gerichtlichen Anordnung, was an ein überindividuelles Rechtsgut ähnlich dem der Rechtspflege denken lässt.⁵⁰ Wie gezeigt, verbirgt sich hinter der Blankettgesetzgebung des § 4 GewSchG aber allein der Schutz von Individualrechtsgütern, in deren Verletzung also eingewilligt werden kann.⁵¹

Diese Überlegungen zur Verfügbarkeit⁵² des Rechtsguts werden unterstützt durch folgende Erwägung: § 4 GewSchG i.V.m. der gerichtlichen Anordnung bestraft (von Fällen nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewSchG einmal abgesehen) nicht die *Verletzung* dieser Rechtsgüter – dies wird überwiegend durch das klassische Strafrecht erfasst. Und da die gerichtliche An-

⁴⁷ So z.B. das „Herbeiführen eines Zusammentreffens“, welches *Pollähne*, StraFo 2006, 398 (400), unter Hinweis auf eine Entscheidung des LG Halle, Urt. v. 17.6.2004 – 28 KLs – 170 Js 3691/03-7/04, beschreibt.

⁴⁸ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012, § 23 Rn. 9.

⁴⁹ *Rengier* (Fn. 48), § 23 Rn. 9 und Rn. 11.

⁵⁰ Vgl. die Überlegungen von *Rinio*, ZfJ 2005, 489 (490); *Pollähne*, StV 2005, 503 f. Differenzierend *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (121), der in Anordnungen nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GewSchG eine „polizeirechtliche, dem Platzverweis ähnelnde Maßnahme“ sieht, die dem Schutz der öffentlichen Sicherheit diene.

⁵¹ So auch im Ergebnis OLG Hamm, StV 2005, 502 f.; zustimmend *Pollähne*, StV 2005, 503 (504); *ders.*, StraFo 2005, 398 (400); *Rinio*, ZfJ 2005, 489 (490). Nur im Ergebnis zust. *Breidenstein* (Fn. 7), § 4 GewSchG Rn. 9 f., der jedoch von einem tatbestandsausschließenden Einverständnis ausgeht. *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (121), geht nur bei Anordnungen nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewSchG explizit von der Möglichkeit der Einwilligung aus, während er für Anordnungen nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GewSchG einen (unbeschriebenen) Strafaufhebungsgrund annimmt. Etwas missverständlich hingegen *Viefhues*, FPR 2005, 32 (35), der davon spricht, dass die Strafbarkeit nach § 4 GewSchG mit dem freiwilligen Gewähren des Zutritts „endet“. Dabei scheint er einen Widerruf der Einwilligung und das Aufleben der Strafbarkeit nicht im Blick zu haben.

⁵² Dieser Begriff wird neben dem der Disponibilität verwendet, vgl. *Rengier* (Fn. 48), § 23 Rn. 9; *Rinio*, ZfJ 2005, 489 (490).

ordnung nicht den Eintritt einer (konkreten) Gefahr verlangt,⁵³ sondern schlicht ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, handelt es sich bei § 4 GewSchG um ein abstraktes Gefährungsdelikt.⁵⁴ Die Hürde für die Einwilligung in eine abstrakte Gefährdung individueller Rechtsgüter kann aber nicht höher sein als für die Einwilligung in deren Verletzung, sie ist eher niedriger anzusetzen. Abweichend davon sieht *Heghmanns* gerade in dieser Verlagerung des Schutzes einen Akt öffentlich-rechtlicher Gefahrenabwehr für Anordnungen nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GewSchG, weil das Opfer eine Abstandsregelung nicht aus seinen subjektiven Rechten verlangen könne.⁵⁵ Zum einen dient diese Anordnung aber gleichwohl allein dem Schutz der Rechtsgüter des Opfers, nicht denen der Allgemeinheit.⁵⁶ Zum anderen zeigt das Beispiel des § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB, dass das Kernstrafrecht eine ähnliche Regelung enthält, die Individualrechtsgüter schützen soll, deren Legitimation sich also aus der subjektiven Rechtsposition des Opfers ableitet.

Der Antragsteller kann also grundsätzlich auch im Rahmen des § 4 GewSchG über sein Rechtsgut verfügen.

3. Mögliche Begrenzung der Disponibilität durch die gerichtliche Anordnung

a) Keine höhere Bindung durch gerichtliche Entscheidung als durch Gesetz

Durch den Umstand, dass ein Gericht das Verbot aufgestellt hat, ist das dadurch geschützte Rechtsgut auch nicht der Disposition durch den Rechtsgutsträger entzogen. Dies zeigt schon ein Vergleich zu Regelungen wie § 223 Abs. 1 StGB: Hier hat der Gesetzgeber das Verbot formuliert, es besteht in Gesetzeskraft. Gesetzeskraft geht aber über die Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen hinaus, wie auch die Sondervorschrift des § 31 Abs. 2 BVerfGG verdeutlicht.⁵⁷ Daher muss der Wille, nicht mehr durch eine gerichtliche Anordnung geschützt zu werden, genauso beachtet werden wie die Entscheidung, sich von einem anderen Einsperren zu lassen, was ja ebenfalls nur verboten ist, wenn es *gegen* den Willen des „Eingesperrten“ geschieht.⁵⁸ Der Staat muss der Disponibilität der Rechtsgüter auch im Rahmen des § 4 GewSchG Rechnung tragen. Was nach außen hin unvernünftig erscheinen mag, gehört ebenso zur Freiheitssphäre des Menschen wie das anscheinend Vernünftige.⁵⁹ Wie er sein Leben im Um-

gang mit anderen gestalten will, obliegt grundsätzlich dem Einzelnen. Weil er also auf den Schutz – egal ob gesetzlich oder richterlich statuiert – seiner Rechtsgüter verzichten kann, muss dieser Verzicht von der Rechtsordnung auch anerkannt werden, sodass die Strafbarkeit entfällt.

b) Parallelität zum Zwangsvollstreckungsrecht bzw. Bindung der Einwilligung an formales Verfahrensrecht

Hinzu tritt, dass derjenige, der einen Titel in einem Zivilprozess erstritten hat, danach freimütig auf dessen Durchsetzung verzichten kann.⁶⁰ Wenn das Opfer der Anlasstat den Unterlassungsanspruch nicht länger erhebt und geltend machen will, dann kann es an diesem Wunsch nicht schlicht aus dem Grund gehindert werden, vorher ein Gericht mit der Sache befasst zu haben. Denn die Vollstreckung eines Titels erfolgt nie zur Wahrung einer staatlichen Ordnung, sondern dient dem Schutz subjektiver Rechte.⁶¹ Ein anderes Verständnis wäre auch unvereinbar mit dem Umstand, dass der Antragsteller nach § 56 Abs. 2 Nr. 2 FamFG den Antrag in der Hauptsache ohne Angabe von Gründen zurücknehmen kann und eine einstweilige Anordnung dadurch automatisch außer Kraft tritt,⁶² wodurch es schon gar keinen vollstreckbaren Titel mehr gibt.

c) Anlass zur Modifikation aufgrund des GewSchG?

Nun ließe sich überlegen, ob Funktion und Zweck des Gewaltschutzgesetzes gegen eine Dispositionsbefugnis des Antragstellers im Strafrecht sprechen. Denn gesetzlich ist es durchaus möglich, Einwilligungsschranken bei disponiblen Individualrechtsgütern zu formulieren, wie dies z.B. für § 223 Abs. 1 StGB durch § 228 StGB geschehen ist. Das Gewaltschutzgesetz soll aber die prozessuale Durchsetzung eines zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs erleichtern, um die Verletzung individueller Rechtsgüter zu verhindern.⁶³ Der Antragsteller will also eigene Rechte durchsetzen und diese nicht beschränken. Zudem hat er es in der Hand, die gerichtliche Anordnung durch das Familiengericht aufheben zu lassen oder ein etwaiges Hauptsacheverfahren nicht weiter zu betreiben. Die gesamte Struktur des Rechtsschutzes ist auf den Willen des Antragstellers in Bezug auf dessen Individualrechtsgüter ausgerichtet. Dann erschiene es aber sinnwidrig, ihm die Berechtigung zu versagen, wirksam und somit rechtfertigend in die Verletzung dieser Rechtsgüter einwilligen zu können, selbst wenn der schwelende Konflikt auch durch das Verhalten des Antragstellers angeheizt wird und zur Eskalation beitragen kann. Denn das Recht kennt andere Mittel, um Menschen vor sich selbst zu schützen. So ist es in Fällen häuslicher Gewalt grundsätzlich denkbar, den gewalttätigen Partner durch eine

⁵³ Zu dieser Anforderung an ein konkretes Gefährungsdelikt *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, Kap. 3 Rn. 23.

⁵⁴ Ebenso *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (120).

⁵⁵ *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (121).

⁵⁶ Dies deutet *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (121), allerdings an, indem er sich auf die öffentliche Sicherheit bezieht.

⁵⁷ Dazu *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Kommentar, 37. Lfg., Stand: Februar 2012, § 31 Rn. 122 ff., vor allem Rn. 123 und 156 ff.

⁵⁸ BGH NJW 1993, 1807; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 239 Rn. 3.

⁵⁹ Das leitet sich schon aus der Allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG ab. Grundlegend dazu BVerfGE 6,

32 (36). Näher *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 66. Lfg., Stand August 2012, Art. 2 Rn. 21-23.

⁶⁰ *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl. 2010, § 1 Rn. 11.

⁶¹ *S. Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 1 Rn. 3.

⁶² Vgl. zum Außerkrafttreten ferner *Heinke* (Fn. 26) § 1 Rn. 54.

⁶³ Schon seinem Titel nach soll das Gewaltschutzgesetz den zivilrechtlichen Schutz des Opfers „verbessern“.

polizeirechtliche Verfügung aus der gemeinsamen Wohnung zu verweisen, selbst wenn der andere Partner ein Zusammenleben wünscht.⁶⁴ Begründet wird dies mit dem Schutzauftrag des Staates, der die Allgemeine Handlungsfreiheit nach Abwägung des Einzelfalls überwiegen kann.⁶⁵ Weder aus dem Zweck des Gewaltschutzgesetzes noch aus seiner Funktion innerhalb des Rechtssystems kann daher die Dispositionsbefugnis in Abrede gestellt werden.

4. Einwilligungsunfähigkeit und wesentliche Willensmängel

Die bisherigen Ausführungen gelten nur für Fälle, in denen der Antragsteller aus freiem Entschluss wieder Kontakt zum Antragsgegner aufnimmt. Freilich gibt es andere Konstellationen. So kann eine Einwilligung seitens des späteren Opfers im alkoholisierten Zustand ausgesprochen werden. Da für die Einwilligungsfähigkeit die tatsächliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Rechtsgutshabers erforderlich ist, dürfte bei einem Angetrunkenen im enthemmten Zustand eine wirksame Einwilligung fraglich sein.⁶⁶ Des Weiteren ist an eine Einwilligung infolge von Einschüchterungen und Drohungen zu denken.⁶⁷ Die Drohung mag sich dabei nur mittelbar gegen das Opfer richten, etwa indem der Täter in Aussicht stellt, sich umzubringen, und das Opfer dies nicht verantworten möchte. In diesen Fällen leidet die Einwilligung jedoch an einem wesentlichen Willensmangel.⁶⁸ Sie ist unwirksam.

5. Zwischenergebnis

In die Zuwiderhandlung der gerichtlichen Anordnung kann der Antragssteller als Träger eines disponiblen Rechtsgutes daher wirksam einwilligen.

⁶⁴ Gerade in Fällen häuslicher Gewalt kommt es zudem häufig vor, dass das Opfer psychischen Druck erleidet und sich dem Täter daher nicht erwehren kann, folglich auch keine Maßnahmen nach dem Gewaltschutzgesetz beantragt. Dann kann durch polizeirechtliche Maßnahmen ebenso Abhilfe geschaffen werden, vgl. *Hermann*, NJW 2002, 3062 f.

⁶⁵ So VG Aachen, NJW 2004, 1888 (1889). Das Gericht musste allerdings im konkreten Fall keine ausführliche Abwägung vornehmen, weil bereits der freie Willensentschluss des Gewaltopfers in Frage stand und daher im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes dem Schutzauftrag des Staates der Vorrang zu gewähren war. Zur Schwierigkeit der Abwägung im Einzelfall *Hermann*, NJW 2002, 3062 (3065). Vgl. auch VG Stuttgart, Beschl. v. 17.5.2011 – 5 K 1912/01 (juris). Zu praktischen Problemen vgl. *Rachor* (Fn. 36), Kap. E Rn. 484. Im Falle des ernstlichen Willens der gefährdeten Person ablehnend: *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 16 Rn. 29.

⁶⁶ BGH NJW 2000, 87 (88); zustimmend *Rengier* (Fn. 48), § 23 Rn. 17.

⁶⁷ Vgl. dazu auch VG Aachen NJW 2004, 1888 (1889), wonach in derartigen Fällen ein wesentlicher Willensmangel anzunehmen ist, der eine freie Selbstbestimmung nicht zulässt.

⁶⁸ Vgl. dazu *Rinio*, ZfJ 2005, 489 (491); allgemein *Rengier* (Fn. 48), § 23 Rn. 24.

IV. Widerruf der Einwilligung und seine Grenzen

Unmittelbar verknüpft mit der Einwilligung ist ihr Widerruf. Inwiefern er im Kontext des Gewaltschutzgesetzes überhaupt möglich ist und in welchen Grenzen widerrufen werden kann, soll im letzten Abschnitt aufgezeigt werden.

1. Allgemeine Voraussetzungen des Widerrufs

Grundsätzlich sind Einwilligungen nur wirksam, solange die Einwilligungserklärung nicht widerrufen wird.⁶⁹ Die Dispositionsfreiheit über das eigene Rechtsgut erlaubt nicht nur die Einwilligung in dessen Beeinträchtigung, sondern beinhaltet auch das Bestimmungsrecht über die Grenzen und das Ende dieser Beeinträchtigung. Der Widerruf bildet also den *actus contrarius* im Verhältnis zu einer zuvor erklärten Einwilligung. Daher liegt es zunächst nahe, an diesen dieselben Voraussetzungen anzulegen.⁷⁰ Doch hinsichtlich der Widerrufsfähigkeit ist fraglich, ob hier ebenfalls eine „tatsächliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ verlangt werden muss. Diese Anforderung an eine Einwilligung dient dem Schutz des Rechtsgutsträgers vor der unüberlegten, unreflektierten, unverständenen, unumkehrbaren Preisgabe seines Rechtsgutes. Der Widerrufende aber stellt den ursprünglichen Schutzzustand wieder her. Zu Rechtsgutsbeeinträchtigungen – noch dazu irreversiblen – kann es dadurch also nicht kommen. Im Sinne effektiven Rechtsgüterschutzes erscheint es sogar erstrebenswert, möglichst niedrige Anforderungen an die Widerrufsfähigkeit zu stellen. Eine Person, die zuvor wirksam in Körperverletzungen oder Sachbeschädigungen eingewilligt hat, kann eine Rechtsgutsbeeinträchtigung später in stark alkoholisiertem Zustand als unangenehm oder unerwünscht empfinden und den Willen artikulieren, damit aufzuhören. Dieser Wille ist aber auch dann relevant, wenn die für die Einwilligungsfähigkeit verlangte Urteils- und Einsichtsfähigkeit nicht mehr besteht.

2. Modifikation wegen Parallelität zum Zivilvollstreckungsrecht?

a) Besonderheiten des Widerrufs bei Zuwiderhandlung gegen vollstreckbare Anordnungen

Die vorherige Einwilligung setzt die Verfügungs- oder Dispositionsbefugnis des Rechtsgutsträgers voraus. Dies gilt ebenso für den Widerruf, hier ergibt sich nun aber ein besonderes Problem: Wird die Einwilligung in eine Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes, die einen Straftatbestand nach dem StGB erfüllen würde – etwa § 223 StGB –, widerrufen, so wird nur ein allgemeiner Schutzzustand wiederhergestellt. Deshalb steht es im Belieben des Rechtsgutsträgers, die Einwilligung zu widerrufen. Er braucht dafür keinen besonderen

⁶⁹ *Rengier* (Fn. 48), § 23 Rn. 22.

⁷⁰ Vgl. in diesem Sinne die Entscheidung des BGH NJW 1967, 941 f., der an ein 14-jähriges Mädchen, das einen Besucher mehrfach zum Verlassen der Wohnung aufforderte, ganz ähnliche Maßstäbe anlegte, um deren Fähigkeit, wirksam im Sinne des § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB zum Entfernen aufzufordern, zu beurteilen.

Grund, darf willkürlich handeln.⁷¹ Denn es ist sein gutes Recht, sich auf das allgemeine Schutzniveau zurückzuziehen.

Der Straftatbestand des § 4 GewSchG i.V.m. der gerichtlichen Anordnung stellt demgegenüber ein spezifisches Verbot für den Täter auf. Für die Allgemeinheit ist dieses Verhalten des Täters nicht nur nicht verboten, sondern noch nicht einmal zwingend sozialinadäquat. Durch den Widerruf der Einwilligung hat es der Rechtsgutsträger also in der Hand, ein spezifisches Schutzniveau herzustellen und den Sonderstrafatbestand wieder aufleben zu lassen. Ob das überhaupt möglich ist, beurteilt sich auf zwei Ebenen: einer zivilrechtlichen und einer strafrechtlichen Ebene. Zunächst muss die Auswirkung der Einwilligung auf die Vollstreckbarkeit im zivilprozessualen Sinne untersucht werden. Fällt diese wegen des Verzichts auf Schutz weg, dann kann eine strafrechtliche Sanktion erst recht nicht verhängt werden. Sollte dem nicht so sein, bleibt auf einer zweiten Stufe die Frage nach den Grenzen des Widerrufs. Denn eine beliebige und willkürliche Entscheidung des Rechtsgutsträgers über den Widerruf könnte rechtsmissbräuchlich sein und zu einer unverhältnismäßigen Grundrechtsbeeinträchtigung des Täters führen.

b) Auswirkungen einer Einwilligung auf die vollstreckbare Anordnung

Bittet der Antragsteller den Antragsgegner in seine Wohnung, dann verzichtet er damit nicht dauerhaft auf einen Schutz durch die vollstreckbare Anordnung. Das augenblickliche Einvernehmen darf nicht den Blick auf eine abstrakte Wiederholungsgefahr verstellen, die ein nicht endgültig gelöster Konflikt noch birgt. Der Unterlassungsanspruch erlischt erst, wenn die Wiederholungsgefahr wegfällt.⁷² Weder die einmalige noch die mehrmalige punktuelle Einwilligung ändern etwas an dem – insbesondere rechtskräftig festgestellten – Anspruch oder an der Vollstreckbarkeit der Anordnung. Der Antragsteller kann seinen Wunsch nach einem Kontaktverbot daher jederzeit aktualisieren und auf Grundlage der Anordnung vollstrecken lassen, wenn der Antragsgegner ihm nicht Folge leistet. Für Ehwohnungssachen findet sich diese Wertung in § 96 Abs. 2 FamFG. Er bleibt nämlich auch dann anwendbar, wenn sich der Adressat der Anordnung mit Einverständnis der gegnerischen Partei in der Wohnung aufhält.⁷³ Nach diesem Verständnis führt der punktuelle Verzicht auf die Vollstreckung nicht zu einem Verlust der Rechte aus der Schutzanordnung.⁷⁴

⁷¹ Ebenso *Rinio*, ZfJ 2005, 489 (490 f.), allgemein zum Widerruf.

⁷² *Bassenge* (Fn. 21), § 1004 Rn. 32.

⁷³ *Giers*, FPR 2011, 224 (227); *ders.*, in: Keidel, FamFG, Kommentar, 17. Aufl., 2011, § 96 Rn. 6; *Zimmermann*, in: Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 96 Rn. 7. Für Zulässigkeit der weiteren Vollstreckung *Viefhues*, FPR 2005, 32 (35), in Anlehnung an den RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (35). Der Vollstreckungsschuldner muss sich an das Gericht wenden, um den Titel aus der Welt zu schaffen.

⁷⁴ Anders wohl *v. Pechstaedt*, NJW 2007, 1233 (1236). Er erwägt bereits bei bloßer Kontaktaufnahme von Seiten des Antragstellers einen Verzicht oder ein rechtsmissbräuchliches

Verhalten, das zur Unzulässigkeit eines Bestrafungsantrages nach § 890 Abs. 2 ZPO führen soll.⁷⁵ So wohl auch *Lampe*, jurisPR-StrafR 5/2011 Anm. 2, S. 4. *Pollähne*, StV 2008, 143 (144), akzeptiert dieses Ergebnis nicht und verlangt stattdessen eine vollständige Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Anordnung durch das Strafgericht.⁷⁶ Grund für diese Regelung ist die Unabhängigkeit der einstweiligen Anordnung vom Verfahren in der Hauptsache, um den schnelleren Schutz des Opfers zu erreichen.⁷⁷ Dabei ist umstritten, ob das Gericht die einstweilige Anordnung von Amts wegen aufhebt oder nur auf Antrag tätig wird. Von Amts wegen: *Bumiller/Harders*, FamFG, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 10. Aufl. 2011, § 52 Rn. 3; *Stockmann*, in: Kemper/Schreiber (Hrsg.), Familienverfahrensrecht, Handkommentar, 2. Aufl. 2012, § 52 Rn. 10. Auf Antrag: *Stöber*, in: Prütting/Helms (Hrsg.), FamFG, Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 52 Rn. 5; *Schwonberg*, in: Schulte-Bunert/Weinreich (Hrsg.), FamFG, Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 52 Rn. 13; *Giers* (Fn. 73), § 52 Rn. 10. Letztlich macht das keinen Unterschied, da der Antragsgegner die Aufhebung in der Hand hat.⁷⁸ Vgl. *Dubiel* (Fn. 24), § 54 Rn. 5. Zudem kann gegen Entscheidungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes das Rechtsmittel der Beschwerde eingelegt werden, § 57 Abs. 1 Nr. 4 FamFG i.V.m. § 58 Abs. 1 FamFG. Allerdings hat das für die hier in Rede stehenden Fälle kaum praktische Relevanz, weil die Beschwerde innerhalb eines Monats nach Entscheidung einzulegen ist.⁷⁹ Vgl. *Giers*, FPR 2011, 224 (226). Nach § 54 Abs. 1 S. 3 FamFG hat das von Amts wegen zu geschehen, wenn die einstweilige Anordnung ohne vorherige Anhörung erlassen wurde.⁸⁰ Das OLG Hamm StV 2005, 502 (503), kommt wohl auch zu diesem Ergebnis. Da es sich in seiner Entscheidung nicht mit einem Widerruf der Einwilligung befassen musste, trifft es

Verhalten, das zur Unzulässigkeit eines Bestrafungsantrages nach § 890 Abs. 2 ZPO führen soll.

⁷⁵ So wohl auch *Lampe*, jurisPR-StrafR 5/2011 Anm. 2, S. 4. *Pollähne*, StV 2008, 143 (144), akzeptiert dieses Ergebnis nicht und verlangt stattdessen eine vollständige Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Anordnung durch das Strafgericht.

⁷⁶ Grund für diese Regelung ist die Unabhängigkeit der einstweiligen Anordnung vom Verfahren in der Hauptsache, um den schnelleren Schutz des Opfers zu erreichen.

⁷⁷ Dabei ist umstritten, ob das Gericht die einstweilige Anordnung von Amts wegen aufhebt oder nur auf Antrag tätig wird. Von Amts wegen: *Bumiller/Harders*, FamFG, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 10. Aufl. 2011, § 52 Rn. 3; *Stockmann*, in: Kemper/Schreiber (Hrsg.), Familienverfahrensrecht, Handkommentar, 2. Aufl. 2012, § 52 Rn. 10. Auf Antrag: *Stöber*, in: Prütting/Helms (Hrsg.), FamFG, Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 52 Rn. 5; *Schwonberg*, in: Schulte-Bunert/Weinreich (Hrsg.), FamFG, Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 52 Rn. 13; *Giers* (Fn. 73), § 52 Rn. 10. Letztlich macht das keinen Unterschied, da der Antragsgegner die Aufhebung in der Hand hat.

⁷⁸ Vgl. *Dubiel* (Fn. 24), § 54 Rn. 5. Zudem kann gegen Entscheidungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes das Rechtsmittel der Beschwerde eingelegt werden, § 57 Abs. 1 Nr. 4 FamFG i.V.m. § 58 Abs. 1 FamFG. Allerdings hat das für die hier in Rede stehenden Fälle kaum praktische Relevanz, weil die Beschwerde innerhalb eines Monats nach Entscheidung einzulegen ist.

⁷⁹ Vgl. *Giers*, FPR 2011, 224 (226). Nach § 54 Abs. 1 S. 3 FamFG hat das von Amts wegen zu geschehen, wenn die einstweilige Anordnung ohne vorherige Anhörung erlassen wurde.

⁸⁰ Das OLG Hamm StV 2005, 502 (503), kommt wohl auch zu diesem Ergebnis. Da es sich in seiner Entscheidung nicht mit einem Widerruf der Einwilligung befassen musste, trifft es

c) Grenzen des Widerrufs – Rechtsmissbrauch

Aus strafrechtlicher Perspektive bleibt nun zu fragen, ob die Strafbarkeit gleichwohl einzuschränken ist, weil sich der Antragsteller rechtsmissbräuchlich verhält. Arglistiger Missbrauch scheint auf den ersten Blick dadurch möglich zu sein, dass ein Rechtsgutsträger den Täter auffordert, der Anordnung zuwiderzuhandeln, etwa indem er ihn in seine Wohnung einlädt, die letzterer nicht betreten darf. Da der Täter im Gespräch nicht auf Forderungen des Rechtsgutsträgers eingeht, widerruft dieser die Einwilligung und benachrichtigt die Polizei vom Verstoß, da sich der Täter in der Wohnung aufhalte. Doch in diesem Fall geht es letztlich um das allgemeine Problem der Beweisbarkeit einer Einwilligung bzw. eines Widerrufs.⁸¹ Dieses besteht unabhängig von § 4 GewSchG, sogar in Bezug auf den Aufenthalt in Wohnungen. § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB knüpft mit der „Aufforderung des Berechtigten“, die Wohnung zu verlassen, an etwas ganz ähnliches an. Hier ruht also kein spezifisches Problempotential – auch wenn sich ein derartiges Geschehen mehrmals in der Woche abspielt.

Anders verhält es sich aber, wenn sich das Verhältnis gerade infolge der Einwilligung, etwa durch intensiven und einvernehmlichen Kontakt über einen längeren Zeitraum, deutlich verändert hat.⁸² Zwar ist es in der Vergangenheit zu zumindest einer Anlasstat i.S.v. § 1 Abs. 1 bzw. Abs. 2 GewSchG gekommen. Doch es dürfte nun schwerfallen, die nach § 1 Abs. 1 S. 1 GewSchG „zur Abwendung weiterer Verletzungen erforderlichen Maßnahmen“ zu benennen. Die Wiederholungsgefahr kann in einer solchen Situation nicht mehr zwanglos vermutet werden. Insbesondere lang zurückliegende Taten können gegen diese Vermutung sprechen.⁸³ So hat bei nur einer Anlasstat das AG Flensburg einen Zeitraum von zwei Monaten ausreichen lassen, in dem der Rechtsgutsträger nicht behelligt wurde, um Zweifel an der Vermutung zu haben.⁸⁴ Sind Antragsteller und Täter zudem einvernehmlich in Kontakt getreten, dann muss ein deutlich kürzerer Zeitraum ausreichen, um davon ausgehen zu können, dass es keine Anlasspunkte oder gar Belege für eine Wiederholungsgefahr oder auch nur eine weiterhin konfliktbelastete Beziehung⁸⁵

jedoch dazu keine klare Aussage, sondern spricht nur von einer Straflosigkeit für die Zeit des (gewünschten?) Verweilens.

⁸¹ Vgl. dazu etwa OLG Brandenburg NJW-RR 2006, 220; OLG Hamm StV 2005, 502.

⁸² Reinken (Fn. 26), § 1 Rn. 19, betont die Relevanz veränderter Verhältnisse. Das Problem stellt sich wohl auch bei polizeilichen Wegweisungsverfügungen, vgl. Hermann, NJW 2002, 3062 (3065).

⁸³ Reinken (Fn. 26), § 1 Rn. 19, unter Verweis auf das OLG Celle NJW-RR 2009, 1307 (1308).

⁸⁴ AG Flensburg NJOZ 2005, 270 (271); ähnlich OLG Köln BeckRS 2011, 23962, für einen Zeitraum von „mehreren Monaten“ nach verschiedenen tätlichen Übergriffen unter benachbarten Mietern.

⁸⁵ Zu diesem Erfordernis bei einander ohnehin distanziert („fremd“) gegenüberstehenden Parteien wie z.B. verschiedenen Mietern in demselben Mietshaus vgl. Heinke (Fn. 26), § 1 Rn. 29; vgl. OLG Köln BeckRS 2011, 23962.

mehr gibt. Im Gegenteil gibt es dann objektive Anhaltspunkte dafür, dass der Täter keine Verletzungshandlungen mehr begeht. Würde aus dieser Situation heraus der Rechtsgutsträger erstmalig einen Antrag auf einstweilige Anordnung stellen und die Situation wahrheitsgetreu schildern, dann müsste das Gericht ihn ablehnen.⁸⁶ Es würde an der Erforderlichkeit fehlen, eine Anordnung wäre daher ein unverhältnismäßiger Eingriff in Grundrechte.⁸⁷ Dementsprechend wird dem Antragsgegner ein Anspruch auf Herausgabe des Titels zuerkannt, wenn die Parteien sich ausgesöhnt haben und der Antragsgegner in die Wohnung zurückgekehrt ist.⁸⁸ Der Antragsteller darf in einer solchen Situation den Titel nicht „auf Vorrat“ behalten für den Fall, dass es zu einer erneuten Verschlechterung im persönlichen Verhältnis kommt.⁸⁹ Er hat nämlich sein ursprüngliches Schutzrecht verloren,⁹⁰ der Anspruch ist erloschen.⁹¹ Diese zivilrechtliche Wertung geht somit auch von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten aus.

Ebenso unverhältnismäßig ist es dann aber, dem Rechtsgutsträger die Möglichkeit einzuräumen, eine Einwilligung in dieser Situation zu widerrufen. Wenn ihm von Rechts wegen eine beantragte gerichtliche Anordnung versagt werden müsste, so könnte er ansonsten eine größere Macht ausüben als das Gericht. Daher ist dem Rechtsgutsträger die Dispositionsbefugnis insoweit entzogen.⁹² Die Erklärung des Widerrufs lässt damit das Verbot nicht wieder aufleben. Der Antragsgegner bleibt straflos i.S.d. Gewaltschutzgesetzes, wenn er in der Wohnung verweilt.⁹³ Weitergehend muss dies auch für Fälle gelten, in denen der Adressat noch keine Bemühungen unternommen hat, die Anordnung aus der Welt zu schaffen und insbesondere keinen Anspruch auf Herausgabe des Titels geltend gemacht hat. Denn der Maßstab im Strafverfahren ist ein anderer als im Vollstreckungsverfahren nach der ZPO. Anders als im streng formalen Verfahren der Zwangsvollstreckung, in welchem eine materielle Prüfung des Anspruchs nicht vor-

⁸⁶ Dazu Heinke (Fn. 26), § 1 Rn. 29. Diese Wertung legt auch § 2 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2 GewSchG nahe.

⁸⁷ Vgl. Freytag (Fn. 15), § 1 Rn. 5 f.; vgl. Müller, FF 2002, 43 (44). Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit ist auch der Grund für die Befristung der Anordnung nach § 1 Abs. 1 S. 2 GewSchG, vgl. OLG Hamm NJW 2007, 1606 m.w.N.

⁸⁸ KG FamRZ 2006, 49 (50). Vgl. zur Klage auf Titelherausgabe Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 61), § 40 Rn. 172 ff.

⁸⁹ KG FamRZ 2006, 49 (50); zustimmend Viefhues, jurisPR-FamR 18/2005 Anm. 3, S. 1 f.

⁹⁰ Stößer (Fn. 77), § 96 Rn. 9; Schulte-Bunert, in: Schulte-Bunert/Weinreich (Fn. 72), § 96 Rn. 7, unter Hinweis auf RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (35), wo freilich ein entsprechendes Tätigwerden des Räumungsschuldners gefordert wird und die Vollstreckung nicht per se unzulässig ist.

⁹¹ Wilsch, in: Holzer (Fn. 24), § 96 Rn. 6; Musielak/Borth, Familiengerichtliches Verfahren, 2. Aufl. 2011, § 96 Rn. 4.

⁹² A.A. aber Rinio, ZfJ 2005, 489 (491), der von freier Widerruflichkeit ausgeht, allerdings die Frage nach der Verhältnismäßigkeit nicht stellt; ebenso Pollähne, StraFo 2005, 398 (400).

⁹³ Eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs scheidet aus, wenn der Antragsgegner Inhaber des Hausrechts ist, was nach Maßgabe des § 2 GewSchG geprüft werden muss.

gesehen ist,⁹⁴ verlangt der Schuldgrundsatz nämlich nach einer materiellen Zuwiderhandlung, also persönlich vorwerfbarem Unrecht.⁹⁵ Dies wiederum setzt ein materielles Verbot voraus, das im Zeitpunkt der Tat noch existieren muss. Durch die Anordnung materiell verboten sind bestimmte Handlungen, die vom Familiengericht als abstrakte Gefahr für absolute Rechtsgüter eingestuft wurden. Sind die Handlungen nicht mehr abstrakt gefährlich, dann sind sie auch nicht mehr verboten.⁹⁶ Nichts anderes wird durch die – im Regelfall notwendige – Befristung zum Ausdruck gebracht. Das Gericht befristet das Verbot für einen Zeitraum, in welchem das verbotene Verhalten seiner Ansicht nach abstrakt gefährlich ist. Nach Ablauf der Frist ist das Verhalten nicht mehr verboten. Wenn ein Handlungsverbot nicht mehr der Gefahrenabwehr dient, dann greift es unverhältnismäßig in die allgemeine Handlungsfreiheit ein.

V. Prozessuale Konsequenzen

1. Überprüfung der Anordnungsvoraussetzungen im Strafprozess

In Konsequenz dessen liegt es nahe, zu fordern, dass das Strafgericht untersuchen muss, ob die Anordnung zum Tatzeitpunkt noch Geltung beansprucht hat.⁹⁷ Nun ist im Einzelnen jedoch umstritten, inwieweit das Strafgericht an die Entscheidung des Zivilgerichts gebunden ist.⁹⁸ Der Gesetzgeber gestand den Strafgerichten zumindest die Überprüfung der materiellen Voraussetzungen, wie z.B. das Vorliegen der An-

lasstat, zu.⁹⁹ Eine Voraussetzung der Anordnung ist die Wiederholungsgefahr. Ihr Vorliegen kann daher ebenfalls Berücksichtigung finden in der materiellen Prüfung der zivilrechtlichen Anordnung im Strafverfahren.¹⁰⁰ Fällt sie nachträglich weg, ist das in der Anordnung bestimmte Verhalten nicht mehr verboten. Dabei entstünden auch keine Probleme mit dem Bestimmtheitsgrundsatz,¹⁰¹ denn die strafgerichtliche Prüfung eines nachträglichen Wegfalls wirkt sich lediglich zu Gunsten desjenigen aus, der zunächst vorsätzlich einer formal erlassenen Anordnung zuwider gehandelt hat. Im Ergebnis hat also die Anordnung Bestandskraft, allerdings kann wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit keine Strafe an die Missachtung der Anordnung geknüpft werden. Dem könnte man entgegen halten, dass eine rein materielle Prüfung kaum weiter führt und erhebliche Unsicherheiten mit sich bringt.¹⁰² Wenn die Alternative dazu die Bestrafung desjenigen ist, der

⁹⁴ Vgl. *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 61), § 5 Rn. 39 ff.; *Jauernig/Berger* (Fn. 60), § 1 Rn. 17.

⁹⁵ In diesem Sinne auch *Pollähne*, in: Barton (Hrsg.), *Beziehungsgewalt und Verfahren*, 2004, S. 133 (S. 145 f.).

⁹⁶ In diesem Sinne auch *Gruber*, in: *Rauscher/Wax/Wenzel* (Fn. 73), § 890 Rn. 9, 18.

⁹⁷ So OLG Celle StV 2008, 142; vgl. *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (122 f.). Während das OLG Celle damit wohl eine Einschränkung der Strafbarkeit erreichen will, sieht *Pollähne*, StV 2008, 143 (144), darin eher eine Heilung des Rechtsfehlers, die sich zu Lasten des Täters auswirkt. Dabei würdigt er aber den Umstand nicht, dass eine Anordnung ohne Befristung wirksam ist und dazu führte, dass sich der Täter noch jahrelang wegen Zuwiderhandlung strafbar machen könnte.

⁹⁸ Nach *Müller*, FF 2002, 43 (46), führt die „anfängliche“ Rechtswidrigkeit der Anordnung zur Straflosigkeit. Das potentielle Auseinanderfallen von zivil- und strafrechtlicher Feststellung hält er in einigen Konstellationen für „unerträglich“. *Lampe*, jurisPR-StrafR 5/2011 Anm. 2, 4, hingegen verweist auf die „Bindungswirkung der das Blankett ausfüllenden Anordnung“, die sich aus Wortlaut und Systematik ergäbe. Auch bei verwaltungsrechtsakzessorischen Normen sei der Strafrichter an hoheitliche Entscheidungen gebunden. Für eine strenge Bindungswirkung wohl *Wagner*, FPR 2006, 208 (210). Konsequenter insofern *Meyer*, ZStW 115 (2003), 249 (270 f.), der auch den Blankettcharakter der Norm negiert.

⁹⁹ Vgl. RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, 10 (32, 42). Dem folgend OLG Celle StV 2008, 142; ähnlich *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (122).

¹⁰⁰ So verlangt bereits im RegE GewSchG, BT-Drs. 14/5429, S. 10 (32, 42). Das OLG Hamburg, Beschl. v. 29.4.2010, – 2 – 30/09 (REV), 2 – 30/09 (REV) – 1 Ss 77/09, Rn. 49, 63 (juris), fordert vom Strafgericht eine vollständige materielle Prüfung der Rechtmäßigkeit – auch in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit, z.B. bei einer fehlenden Befristung. Strafbarkeit entfällt, wenn die Anordnung wegen Nichtigkeit unwirksam ist. *Krüger* (Fn. 22), § 4 GewSchG Rn. 1; *Breidenstein* (Fn. 7), § 4 GewSchG Rn. 8; vgl. *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (122). So auch OLG Hamm NSTZ 2007, 486 (486 f.). Das OLG Celle StV 2008, 142, will lediglich zur Nichtigkeit führende Fehler berücksichtigen. Bei fehlender Befristung hält es jedoch ebenfalls eine Verhältnismäßigkeitsprüfung für erforderlich, um festzustellen, ob das Verhalten im Zeitpunkt überhaupt noch hätte verboten sein können. Das OLG Celle fordert das Strafgericht zu einer eigenen Fristsetzung aus Ex-ante-Sicht auf, wobei es nicht ganz konsequent ist. Denn es hält auch die Anzahl der Rechtsverletzungen nach Erlass der Anordnung, also Ex-post-Erwägungen, für maßgeblich. § 4 GewSchG ist daher eine nicht entscheidungsakzessorische Norm. A.A. *Lampe*, jurisPR-StrafR 5/2011 Anm. 2, S. 3, der aber das OLG Hamburg teilweise missversteht. Einigkeit dürfte nämlich insoweit bestehen, dass im Strafverfahren nicht die zivilrechtliche Anordnung aufgehoben wird. *Pollähne*, StV 2008, 143, billigt dem Strafgericht nur eine Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen zu. Die Rechtsfolgenbestimmungen entzögen sich demgegenüber einer strafgerichtlichen Beurteilung. Die Rechtswidrigkeit einer Anordnung lasse schon den Tatbestand des § 4 GewSchG entfallen, wie dies auch beim strukturell vergleichbaren § 145a StGB angenommen werde.

¹⁰¹ Darauf weist *Pollähne*, StV 2008, 143 (144), hin. Seiner Meinung nach muss im Tatzeitpunkt bestimmt sein, ob ein Verhalten (noch) verboten ist. Kritisch hingegen *Heghmanns* (Fn. 6), S. 117 (122 f.), der allerdings keinen Fall der nachträglichen Überprüfung einer rechtmäßigen, sondern einer rechtsfehlerhaften Anordnung betrachtet.

¹⁰² I.d.S. auch *Viefhues*, jurisPR-FamR 18/2005 Anm. 3, S. 2.

nicht die Zeit, nicht den Mut oder nicht das Wissen hat, beim Gericht eine Aussetzung der Vollstreckung zu beantragen, sollte man über diese Unsicherheit hinweg sehen können¹⁰³ – zumal der Antragsteller auch ohne die Mittel des Strafrechts noch ausreichend geschützt ist.

2. Beweisprobleme im Strafprozess

Nicht verschwiegen seien die Beweisprobleme, die damit einhergehen, dass die Widerruflichkeit der Einwilligung in der oben dargestellten Weise beschränkt ist. Denn rein faktisch kann eine Einwilligung ebenso schnell widerrufen werden, wie sie erteilt wurde. Als Folge dessen hat der Adressat der Anordnung ihr wieder Folge zu leisten und das verbotene Verhalten zu unterlassen. Tut er das nicht, handelt er der Anordnung zuwider und macht sich nach § 4 GewSchG strafbar. Gerade wenn Konflikte kurz nach dem Wiedereinzug auftreten, liegt die Aktualisierung der – zum Anlass der Anordnung notwendigen – vermuteten Wiederholungsgefahr nahe. Einmalige Einladung reicht zum Wegfall der Wiederholungsgefahr daher nie, bei mehrmaligen Treffen muss ein stabiles Verhältnis entstehen. Mithin können über das Konstrukt des Rechtsmissbrauchs nur evidente Fälle ausgeschlossen werden.

Der Adressat der Anordnung als potentieller Täter würde eventuell dieser Beweisprobleme in gewissem Maße enthoben, wenn ein Gericht von Amts wegen über die Voraussetzungen einer Aufhebung der Anordnung entscheiden könnte und kein Antrag gestellt werden müsste. Eine derartige Regelung ließe sich in das FamFG aufnehmen. Die notwendige Kenntnis könnte das Gericht durch Mitteilung der Ordnungsbehörden erhalten. Benachteiligt würde das Anlassopfer dadurch nicht. Denn bei neuen Konfliktlagen kann es einen neuen Antrag stellen. Einer gleichwohl auftretenden akuten Gefahr kann mit dem Gefahrenabwehrrecht begegnet werden. Eventuelle Verletzungen werden ohnehin durch das allgemeine Strafrecht (§§ 223 Abs. 1, 240 Abs. 1, 241, 185 StGB) sanktioniert. Nur den typischen Fällen eines ständigen Auf-und-Ab würde man so nicht begegnen können, weil die Wiederholungsgefahr weiterhin vermutet wird. Damit bliebe auch in diesen Fällen de lege ferenda der Widerruf beachtlich.

VI. Zusammenfassung

§ 4 GewSchG dient dem Schutz von Individualrechtsgütern eines Anlassopfers, das nach einer Anlasstat eine gerichtliche Anordnung gegen den Anlasstäter erwirkt hat. In die Verletzung der Strafnorm kann daher rechtfertigend eingewilligt werden. Es gelten die allgemeinen strafrechtsdogmatischen Voraussetzungen der Einwilligung. Ebenso wie die Einwilligung ist auch der Widerruf der Einwilligung möglich. Allerdings ist er in den Fällen ausgeschlossen, in denen die Voraussetzungen für den Erlass einer gerichtlichen Anordnung nach § 1 GewSchG nicht mehr vorliegen. Das betrifft insbesondere Fälle häuslicher Gewalt, in denen der Anlasstäter trotz einer weiterhin geltenden gerichtlichen Anordnung wieder in die gemeinsame Wohnung einzieht. Denn sonst würde der

Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner unverhältnismäßig benachteiligt.

Einzelne einvernehmliche Besuche des Anlasstäters, z.B. zum Zwecke von Versöhnungsgesprächen, lassen hingegen die Voraussetzungen der Anordnung – insbesondere die Wiederholungsgefahr – nicht entfallen. Das Anlassopfer kann folglich die Einwilligung widerrufen, sodass sich der Anlasstäter strafbar machen kann, wenn er der gerichtlichen Anordnung nicht Folge leistet.

¹⁰³ Anders hingegen *Pollähne* (Fn. 95), S. 133 (151 f.).