

***„Gewalt gegen Partner, Kinder und alte Menschen -
Regelungsmöglichkeiten des Familiengerichts“***

von

Dr. Isabell Götz

Dokument aus der Internetdokumentation
des Deutschen Präventionstages www.praeventionstag.de
Herausgegeben von Hans-Jürgen Kerner und Erich Marks im Auftrag der
Deutschen Stiftung für Verbrechenverhütung und Straffälligenhilfe (DVS)

Zur Zitation:

Isabell Götz: Gewalt gegen Partner, Kinder und alte Menschen - Regelungsmöglichkeiten des Familiengerichts, in: Kerner, Hans-Jürgen u. Marks, Erich (Hrsg.), Internetdokumentation des Deutschen Präventionstages. Hannover 2008, www.praeventionstag.de/Dokumentation.cms/240

Gewalt gegen Partner, Kinder und alte Menschen
Regelungsmöglichkeiten des Familiengerichts
Dr. Isabell Götz

A. Einleitung

Gewalt in der Familie ist ein relativ modernes Thema. Nicht, dass es Gewalt gegen Partner, Kinder und alte Menschen nicht schon immer gegeben hätte. Gewalt im Sinne von unmittelbarer körperlicher Gewalt, sexueller Gewalt, aber auch psychischer Gewalt. Ging diese Gewalt vom Familienvater – als dem Oberhaupt der Familie aus –, wurde sie bis weit in die Neuzeit hinein als Mittel zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der Familie gesehen, ehemännliches und väterliches Züchtigungsrecht waren legitim. Im Zuge der Emanzipationsbewegung und der Veränderung des Blickwinkels auf das Kind, das nicht mehr als Objekt der väterlichen Gewalt, sondern als Subjekt eigener Rechte begriffen wurde, wurde auch die häusliche Gewalt thematisiert. Dies natürlich nicht nur im Familienrecht, zumal eine wirksame Eindämmung von häuslicher Gewalt einen multidisziplinären Ansatz erfordert, aber eben auch im Familienrecht. Häusliche Gewalt erfasst Gewalt unter Erwachsenen und gegenüber Kindern, auf eine familiäre Verbundenheit von Täter und Opfer kommt es nicht an. Familienrecht wirkt dabei sowohl reaktiv auf bereits erfolgte Gewaltvorfälle, als auch präventiv zur Abwehr bevorstehender oder wiederholter Gewalt, wobei die Vorschriften hier nach dem Status der Paare doch unterschiedlich sind.

B. Gewalt gegen Partner

Gewalt gegen den Partner ist weit überwiegend Gewalt gegen Frauen durch männliche Beziehungspartner. Nach einer Studie aus dem Jahr 2004¹ hat jede vierte Frau im Alter von 16 bis 85 Jahren körperliche und/oder sexuelle Übergriffe durch einen Beziehungspartner erlebt. Betroffen sind also alle Altersgruppen, aber auch alle Schichten. Bei knapp 40% der Frauen dauerte die Gewalt länger als ein Jahr an, bei 17% sogar mehr als 5 Jahre. Ein besonders hohes Risiko besteht in der Trennungsphase und wenn die betroffene Frau bereits in ihrer Kindheit und Jugend Gewalt erlitten hat.

¹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland, Berlin 2004.

I. Wohnungszuweisung

1. Überblick

In Gewaltfällen muss zunächst rasch räumliche Distanz zwischen Täter und Opfer geschaffen werden. Damit sind zwar nicht alle Probleme gelöst, die Situation kann sich dann aber beruhigen, weiteren Übergriffen ist zunächst vorgebeugt.

Diese Distanz kann durch die Regelung der Alleinnutzung einer Wohnung erreicht werden, die dem Familiengericht heute in folgenden Fällen möglich ist:

Personenkreis	Situation	Vorschrift
Eheleute	Leben getrennt oder wollen getrennt leben	§ 1361 b BGB
Eheleute	Zeit nach Rechtskraft der Scheidung	HausratsVO
Lebenspartner	Leben getrennt oder wollen getrennt leben	§ 14 LPartG
Lebenspartner	Zeit nach rechtskräftiger Aufhebung der Lebenspartnerschaft	§§ 17, 18 LPartG
Personen, die einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führen	Vorgefallene oder angedrohte Gewalt	§ 2 GewSchG

In der Praxis kommt bei Ehe- und Lebenspartnern die vorläufige Zuweisung nach § 1361 b BGB und § 14 LPartG häufig faktisch einer endgültigen Regelung der Nutzungsverhältnisse gleich, da derjenige, der die Wohnung verlassen muss, ja gezwungen ist, sich eine neue Unterkunft zu suchen. Daher betrifft die weit überwiegende Zahl der gerichtlichen Verfahren auch die Zuweisung der Wohnung für die Zeit der Trennung.²

² Die Verfahren nach der HausratsVO und §§ 17, 18 LPartG dienen oft nur noch der Anpassung des Mietverhältnisses an die tatsächliche Nutzungssituation für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung bzw. Aufhebung der eingetragenen Lebenspartnerschaft, wenn sich der Vermieter weigert, den aus der Wohnung ausgezogenen Ehegatten oder Lebenspartner aus dem Mietverhältnis zu entlassen bzw. mit dem in der Wohnung Verbliebenen einen neuen Mietvertrag zu schließen. In diesem Fall kann das Familiengericht regulierend eingreifen, indem es etwa anordnet, dass ein mit beiden Partnern geschlossener Mietvertrag nur mit einem fortgesetzt wird und der andere aus dem Mietverhältnis ausscheidet oder dass das nur mit einem Partner bestehende Mietverhältnis vom anderen in der Wohnung verbleibenden Partner fortgesetzt wird; vgl. § 5 HausratsVO, § 18 Abs. 1 LPartG.

2. Ehe- oder eingetragene Lebenspartner - Voraussetzungen der § 1361 b Abs. 2 BGB, § 14 Abs. 2 LPartG

a) Wirksame Ehe oder eingetragene Lebenspartnerschaft

Eine wirksame Ehe besteht auch dann, wenn Eheaufhebungsgründe vorliegen, wie etwa bei einer Scheinehe gemäß § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB. Sie endet erst mit Rechtskraft der Aufhebungsentscheidung, so dass eine Wohnungszuweisung bei Eheleuten auch in diesem Fall möglich ist.³ Anders bei Lebenspartnern: Nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 LPartG kann eine wirksame Lebenspartnerschaft dann nicht begründet werden, wenn die Partner sich bei Begründung der Partnerschaft darüber einig sind, keine Verpflichtungen gemäß § 2 LPartG begründen zu wollen, die Partnerschaft also nur zum Schein eingehen. Der Verstoß gegen diese in § 1 Abs. 2 LPartG aufgeführten Wirksamkeitsvoraussetzungen führt dazu, dass keine wirksame Lebenspartnerschaft entsteht und die Lebenspartnerschaft von Anfang an nichtig ist.⁴

b) Trennung

Beide Vorschriften setzen voraus, dass die Eheleute oder Lebenspartner getrennt leben oder einer von ihnen getrennt leben will.⁵

Bereits die ernsthafte Absicht zur Trennung genügt, nicht erforderlich ist, dass die Scheidung oder Aufhebung der Lebenspartnerschaft bereits beabsichtigt ist.⁶ Auch der Ehegatte oder Lebenspartner, der die Trennung nicht wünscht und an der Ehe oder Lebenspartnerschaft festhalten will, kann die Zuweisung der Wohnung an sich verlangen.

c) Ehe- oder Partnerwohnung

Der Begriff der Ehe- oder Partnerwohnung ist weit auszulegen. Er umfasst jeden Raum, den die Eheleute oder Lebenspartner während der Ehe und Partnerschaft nach ihren

³ Vgl. Palandt/Brudermüller, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, München 2008, Einführung vor § 1313 Rdnr. 3.

⁴ Vgl. Wellenhofer-Klein, Die eingetragene Lebenspartnerschaft, München 2003, Rdnr. 81.

⁵ Eheleute leben nach § 1567 BGB getrennt, wenn eine häusliche Gemeinschaft nicht mehr besteht und die eheliche Lebensgemeinschaft abgelehnt wird. Im Ergebnis das Gleiche gilt für Lebenspartner, allerdings ist die Vorschrift des § 15 Abs. 5 LPartG anders formuliert, da bei Lebenspartnern – im Gegensatz zu Eheleuten – keine Verpflichtung zu häuslicher Gemeinschaft besteht, die Lebenspartnerschaft also auch unter Beibehaltung verschiedener Wohnungen geführt werden kann; vgl. Palandt/Brudermüller (Fn. 3) § 2 LPartG Rdnr. 2.

⁶ OLG Naumburg FamRZ 2003, 1748.

tatsächlichen Verhältnissen gemeinsam zu Wohnzwecken benutzt haben oder der nach den gesamten Umständen und den gemeinsamen Plänen zumindest dazu bestimmt war, auch wenn er in der Folgezeit nie gemeinsam bewohnt wurde.⁷

d) Ausgeübte oder angedrohte Gewalt

Gewalt ist ein sehr weiter Begriff und umfasst jede direkte oder indirekte physische oder psychische Aggression gegen eine andere Person. Gewalt äußert sich auch in Form von Erniedrigungen, Anbrüllen, Mundtotmachen, Psychoterror oder häuslichem Vandalismus.⁸

Die Zuweisung der Wohnung nach § 1361b Abs. 2 BGB, § 14 Abs. 2 LPartG setzt jedoch eine bestimmte Form der Gewalt voraus, nämlich eine vorsätzliche widerrechtliche Körper-, Gesundheits- und Freiheitsverletzung oder die Drohung damit oder mit der Verletzung des Lebens. Diese Tatbestände führen dazu, dass dem Opfer die Wohnung zur alleinigen Benutzung zu überlassen ist. Dabei ist unerheblich, ob die Drohung objektiv ernst zu nehmen ist oder der Täter selbst sie überhaupt ernst gemeint hat. Maßgeblich ist allein, wie der andere Ehe- oder Lebenspartner die Drohung verstand, ob sie ihn also subjektiv so belastet, dass ihm eine Fortsetzung der häuslichen Gemeinschaft mit dem Drohenden nicht zugemutet werden kann.⁹ Dabei ist jedoch ein objektivierender Maßstab insoweit anzulegen, als nicht jede völlig unerhebliche Verhaltensweise als Drohung mit Gewalt eingestuft werden kann, selbst wenn ein besonders sensibler Antragsteller sie so verstanden haben mag. Eine Verletzung der Freiheit ist gegeben, wenn die körperliche Bewegungsfreiheit entzogen wird, also bei einem Einsperren, nicht aber, wenn der Partner aus der Wohnung ausgesperrt und ihm der Zutritt verwehrt wird.¹⁰

Liegen diese Voraussetzungen vor, gilt der Grundsatz: Der Täter geht, das Opfer bleibt.

⁷ BGH FamRZ 1990, 987 (988).

⁸ Brudermüller, Zuweisung der Wohnung zum Schutz vor Gewalt, in: Theorie und Praxis des Miet- und Wohnungseigentumsrechts, Festschrift für Hubert Blank zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Ulf P. Börstinghaus und Norbert Eisenschmid, München 2006, S. 109 (111).

⁹ OLG Köln FamRZ 2006, 126.

¹⁰ Str.; offen OLG Köln FamRZ 2003, 1281.

3. Partner in einer auf Dauer angelegten häuslichen Gemeinschaft – Voraussetzungen des § 2 GewSchG

a) Führen eines auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalts

Die Überlassung der Wohnung zur Alleinnutzung nach § 2 GewSchG setzt – im Gegensatz zu Maßnahmen nach § 1 GewSchG - ein Näheverhältnis voraus. Der Begriff „auf Dauer angelegter gemeinsamer Haushalt“ umfasst auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaften, die über reine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaften hinausgehen, innere Bindungen aufweisen und weitere Beziehungen gleicher Art nicht zulassen, ohne dass es allerdings auf geschlechtliche Beziehungen zwischen den Partnern ankommt. Erfasst werden also zum einen Partner nichtehelicher Lebensgemeinschaften, seien sie hetero- oder homosexuell, Ehe- und Lebenspartner ohne Trennungsabsicht,¹¹ aber darüber hinaus alle Personen in so genannten „Verantwortungsgemeinschaften“. Das heißt auch Geschwister oder dauerhaft zusammenlebende alte Menschen werden vom Schutzzweck des § 2 GewSchG umfasst, wenn sie ihr gegenseitiges Füreinanderstehen etwa durch gegenseitige Vollmachten dokumentieren. Ein gemeinsamer Haushalt kann auch von mehr als zwei Personen geführt werden. Den Überlassungsanspruch haben in diesem Fall die verletzte Person bzw. die verletzten Personen gegen den oder die Täter.¹²

Das „Führen eines gemeinsamen Haushalts“ verlangt grundsätzlich mehr als bloßes miteinander Wohnen. Der Begriff intendiert, dass Verantwortung für anfallende finanzielle, rechtliche und tatsächliche Angelegenheiten übernommen wird. Deshalb wird teilweise davon ausgegangen, dass erwachsene Kinder, die sich in Ausbildung befinden und zu Hause leben, keinen gemeinsamen Haushalt mit ihren Eltern führen.¹³ Auch pflegebedürftige Angehörige sollen aus diesem Grund von dem Begriff nicht umfasst sein.¹⁴ Diese Einschränkung wird im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm jedoch zu Recht kritisiert. Sie führt dazu, dass ein Täter, der etwa jede Mithilfe im Haushalt ablehnt und sich an den Kosten der Lebensführung nicht beteiligt, im Falle von Gewaltanwendung keinen Antrag nach § 2 GewSchG fürchten müsste. Deshalb muss die Vorschrift insoweit einschränkend ausgelegt werden, da nicht angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber gerade in diesen Fällen den Schutz versagen wollte.¹⁵

¹¹ Besteht Trennungsabsicht, sind die § 1361 b Abs. 2 BGB, § 14 Abs. 2 LPartG nach überwiegender Ansicht leges speciales.

¹² Schumacher FamRZ 2002, 645 (651).

¹³ Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Auflage, München 2004, Kap. 10 Rdnr. 22.

¹⁴ Weinreich in: Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein, Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, 6. Auflage, Köln 2008, 8. Kapitel Rdnr. 351.

¹⁵ Brudermüller (Fn. 8) S. 109 (113/114).

b) Gemeinsame Wohnung

Der Begriff der Wohnung im Sinne von § 2 GewSchG ist ebenfalls weit auszulegen und damit letztlich identisch mit dem Begriff der Ehwohnung in § 1361b BGB.

c) Ausgeübte oder angedrohte Gewalt

§ 2 GewSchG setzt eine Tat nach § 1 Abs. 1 S. 1 GewSchG voraus, also eine vollendete, vorsätzliche und widerrechtliche Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit. Sofern Täter und Opfer einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führen, besteht in diesem Fall ohne weitere Voraussetzungen der Anspruch auf Überlassung der Wohnung an das Opfer zur alleinigen Nutzung.

Ohne Bedeutung ist dabei, wo die Gewalttat erfolgt ist, in der Wohnung, in ihrer Nähe oder an einem ganz anderen Ort. Zuweisungsvoraussetzung ist demnach nicht, dass die Tat irgendeinen Bezug zur Wohnung hat. Das GewSchG bezweckt den Schutz des Opfers vor Gewalt unabhängig vom Tatort, nicht nur den häuslichen Nahebereich frei von Gewalt zu halten. Korrespondierend zu der ganz überwiegenden Gewaltausübung durch den Partner bzw. Ex-Partner gaben allerdings mehr als 2/3 der Frauen als Tatort die eigene Wohnung an.

Im Falle einer (bloßen) Drohung nach § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GewSchG mit einer Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit oder Freiheit setzt der Anspruch auf Überlassung der Wohnung zur Alleinnutzung nach § 2 Abs. 6 GewSchG zusätzlich voraus, dass diese Überlassung erforderlich ist, um eine unbillige Härte für das Opfer zu vermeiden. Ebenso wie bei § 1361b BGB kommt es auch bei § 2 GewSchG lediglich darauf an, ob das Opfer die Drohung aus seiner Sicht ernst nehmen durfte. Eine unbillige Härte kann gemäß § 2 Abs. 6 S. 2 GewSchG dann gegeben sein, wenn das Wohl von im Haushalt lebenden Kindern beeinträchtigt ist.

d) Ausschluss bei Sorgerechtsverhältnis, § 3 GewSchG

§ 3 Abs. 1 GewSchG nimmt Kinder aus dem Schutzbereich des GewSchG dann aus, wenn die Gewalt von einem Sorgeberechtigten ausgeht. In diesem Fall sind die zivilrechtlichen Vorschriften bei Kindeswohlgefährdung - §§ 1666, 1666a BGB - vorrangig.

Anders ist es, wenn das Kind Gewalt gegen die Eltern ausübt. Allerdings wird man einen rabiaten Jugendlichen nicht aus der Wohnung weisen, sofern sorgerechtliche Maßnahmen der Eltern - etwa auch die Fremdunterbringung des Jugendlichen - genügen. Als letztes Mittel kommt in diesem Fall eine geschlossene Unterbringung aus erzieherischen Gründen in Betracht. Entscheiden sich die Sorgeberechtigten dafür, muss das Familiengericht diese geschlossene Unterbringung nach § 1361 b BGB allerdings genehmigen, da das Elternrecht dort endet, wo fundamentale Rechte des Kindes berührt sind. Die Unterbringung selbst kann nur durch den Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts erfolgen. Regelmäßig sind das die Eltern. Diese vertreten grundsätzlich das Kind gemeinsam, müssen also beide die Unterbringung wollen und die Genehmigung hierfür beantragen.¹⁶

4. Bedeutung des Kindeswohls im Rahmen der Zuweisungsvorschriften

Nach § 1361 b Abs. 1 BGB, § 14 Abs. 1 LPartG kann bei Ehe- und Lebenspartnern die Wohnung im Falle der Trennung bereits dann einem der beiden zugewiesen werden, wenn dies zur Vermeidung einer unbilligen Härte erforderlich ist. Das Gesetz definiert den Begriff „unbillige Härte“ nicht, gibt aber zwei Fälle vor, in denen sie gegeben sein kann, nämlich bei ausgeübter oder angedrohter Gewalt und bei Beeinträchtigung des Kindeswohls.

Gewaltanwendungen unter Eltern oder Partnern ziehen regelmäßig seelische Schäden bei den Kindern, die diese Gewalt miterleben, nach sich, selbst wenn die Gewalt sich nicht unmittelbar gegen sie selbst richtet. Doch auch ohne Tötlichkeiten zwischen den Erwachsenen wird bei ständigen Streitigkeiten und Spannungen das Zusammenleben der Familie unter einem Dach schwer erträglich. Wenn das Kind unter der von Aversionen und Auseinandersetzungen der Eltern geprägten Atmosphäre erheblich leidet, hat sein Interesse an einer entspannten familiären Situation Vorrang vor dem Interesse eines Partners an der Nutzung der Wohnung.¹⁷ Weil einem Kind, das durch die Trennung der Eltern bereits belastet ist, dann nicht auch noch der Verlust der vertrauten Umgebung und sozialen Kontakte, ein Wechsel der Schule oder des Kindergartens zugemutet werden soll, wird die Berücksichtigung des Kindeswohls bei der Entscheidung über die Alleinnutzung einer Wohnung in der Regel dazu führen, dass das Kind in der Wohnung bleibt und mit ihm der betreuende Elternteil. Auch in Zweifelsfällen kann das Kindeswohl den entscheidenden Ausschlag geben.¹⁸ Kann eine Gewaltanwendung nicht nachgewiesen werden, ist eine

¹⁶ Sind sie sich uneinig, kann das Familiengericht auf Antrag einem der beiden die Alleinentscheidungsbefugnis übertragen (§ 1628 BGB). Verweigern beide Eltern die Unterbringung des Kindes und ist das Kindeswohl dadurch gefährdet, kann ihnen das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen und einem Ergänzungspfleger übertragen werden, der dann die Unterbringung des Kindes veranlasst.

¹⁷ AG Tempelhof-Kreuzberg FamRZ 2003, 532.

¹⁸ OLG Stuttgart FamRZ 2004, 876.

Zuweisung der Ehwohnung allein aus Gründen des Kindeswohls an den die Kinder betreuenden Ehegatten möglich.¹⁹

Nach herrschender Meinung sind die für Ehegatten und Lebenspartner bestehenden Zuweisungsvorschriften auf nichteheliche Lebensgefährten nicht analog anwendbar.²⁰ Bei nichtehelichen Lebensgefährten oder nicht eingetragenen Lebenspartnern kommt die Zuweisung einer gemeinsam genutzten Wohnung deshalb nur unter den Voraussetzungen des Gewaltschutzgesetzes in Betracht. Zwar ist das Kindeswohl in § 2 Abs. 6 S. 2 GewSchG erwähnt, jedoch nur in dem Zusammenhang, dass es bei einer Drohung die für eine Wohnungszuweisung zusätzlich erforderliche unbillige Härte begründen kann. Primäre Voraussetzung der Zuweisung ist aber ausgeübte Gewalt oder die Androhung dieser. Auch wenn bei Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft also ein Kind deren ständigen, auch heftigen Streitigkeiten ausgesetzt ist, reicht dies - im Gegensatz zu einer Wohnungszuweisung bei Eheleuten oder Lebenspartnern - für eine Wohnungszuweisung nicht aus. Hier muss das Kind die Streitigkeiten ertragen, bis die Schwelle der Gewalt oder Drohung (endlich?) überschritten ist.²¹

5. Ausschluss der Zuweisung

a) Fehlende Wiederholungsgefahr, § 1361 Abs. 2 BGB, § 14 Abs. 2 LPartG, § 2 Abs. 3 Nr. 1 GewSchG.

Der Anspruch auf Wohnungsüberlassung ist nach § 1361 b Abs. 2 BGB, § 14 Abs. 2 LPartG, § 2 Absatz 3 Nr. 1 GewSchG ausgeschlossen, wenn weitere Verletzungen nicht zu besorgen sind. Dabei spricht sowohl bei ausgeübter als auch bei angedrohter Gewalt zunächst eine tatsächliche Vermutung dafür, dass weitere Beeinträchtigungen zu befürchten sind. Der Täter muss deshalb beweisen, dass diese Wiederholungsgefahr nicht besteht und an diesen Nachweis werden hohe Anforderungen gestellt.²²

Selbst wenn dem Täter der schwierige Beweis, dass keine Wiederholungsgefahr besteht, gelingt, ist die Wohnung trotzdem dem Opfer zuzuweisen, wenn ihm ein weiteres Zusammenleben mit dem Täter wegen der Schwere der Tat nicht zuzumuten ist. Davon ist bei besonders schwerwiegenden Straftaten, wie etwa schwerer Körperverletzung, Vergewaltigung oder versuchter Tötung, auszugehen.

¹⁹ OLG Celle FamRZ 2006, 1143.

²⁰ OLG Hamm FamRZ 2005, 2085.

²¹ Zur Kritik hieran vgl. Götz/Brudermüller, Die gemeinsame Wohnung, Bielefeld 2008 (im Druck), Rdnr. 457.

²² OLG Brandenburg NJW-RR 2006, 220.

b) Fehlende oder nicht fristgerecht mitgeteilte Rückkehrabsicht bzw. fehlendes oder nicht fristgerechtes Überlassungsverlangen

Nach § 1361b Abs. 4 BGB, § 14 Abs. 4 LPartG wird bei Auszug eines Ehegatten oder Lebenspartners nach der Trennung unwiderleglich vermutet, dass er dem in der Wohnung Verbliebenen das alleinige Nutzungsrecht überlassen hat, wenn er diesem gegenüber nicht binnen sechs Monaten nach dem Auszug eine ernstliche Rückkehrabsicht bekundet. Die Frist beginnt mit dem Auszug, also dem tatsächlichen Verlassen der Wohnung, wobei die Vermutung nur bei einem freiwilligen Auszug eingreift.²³ Ein besonderes Formerfordernis für die Bekanntgabe dieser Absicht besteht nicht. Die unwiderlegliche Vermutung (§ 290 ZPO) führt dazu, dass nach Auszug die Rückkehr in die Wohnung ausgeschlossen ist, wenn die Rückkehrabsicht nicht fristgerecht erklärt wird oder die Erklärung und deren Zugang nicht nachgewiesen werden können. Der in der Wohnung Verbliebene hat in diesem Fall für die Trennungszeit ein dauerhaftes alleiniges Nutzungsrecht und zwar selbst dann, wenn der andere Alleineigentümer der Wohnung ist.²⁴

Die Anforderungen des GewSchGs sind demgegenüber schärfer: Der Anspruch auf Überlassung der Wohnung zur Alleinnutzung ist nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 GewSchG ausgeschlossen, wenn das Opfer sie nicht binnen einer Frist von drei Monaten nach der Gewalttat oder Drohung vom Täter schriftlich verlangt hat. Sinn dieser Regelung ist - entsprechend der Regelung in § 1361b Abs. 4 BGB, § 14 Abs. 4 LPartG - innerhalb einer angemessenen Frist Klarheit über die Nutzungsbefugnis zu schaffen. Die Frist beginnt hier mit dem Ende der Tat. Den Zugang des fristgerechten Verlangens auf Alleinnutzung der Wohnung muss - wie bei § 1361b BGB und § 14 LPartG - der Antragsteller nachweisen. Das Verlangen muss außerdem schriftlich erfolgen, das heißt es muss handschriftlich unterzeichnet werden (§ 126 BGB).

Gerade in Fällen ausgeübter Gewalt kann das Opfer jedoch aufgrund seiner erlittenen Verletzungen oder auch einer sonstigen Erkrankung unter Umständen gar nicht in der Lage sein, den Überlassungsanspruch schriftlich anzumelden.²⁵

²³ Klein (Fn. 14) 8. Kapitel Rdnr. 82h.

²⁴ Götz/Brudermüller (Fn. 21) Rdnr. 189.

²⁵ Für diesen Fall wird vorgeschlagen, dem Opfer auf Antrag oder von Amts wegen gemäß § 1896 Abs. 1 BGB einen Betreuer zu bestellen, wobei das Vormundschaftsgericht bis zur Bestellung die notwendigen Maßnahmen zu treffen habe; so Schumacher/Janzen, Gewaltschutz in der Familie, Bielefeld 2003, Rdnr. 47; diese Lösung erscheint jedoch nicht recht praktikabel.

Ein vergleichbares Problem stellt sich, wenn das Opfer zwar in der Wohnung verbleiben konnte, jedoch der Aufenthalt des Täters zunächst unbekannt ist und dieser erst nach drei Monaten wieder auftaucht und in die Wohnung will. Das gleiche gilt für den Fall, dass der Täter die Wohnung nach der Tat verlassen und erklärt hat, nicht wieder zu kommen, dann aber nach Ablauf von drei Monaten entgegen seiner früheren Bekundung die Wohnung wieder mitbenutzen will. Die Vorschrift des § 2 Absatz 3 Nr. 2 GewSchG muss deshalb dahingehend ausgelegt werden, dass der Anspruch dann ausgeschlossen ist, wenn die verletzte Person nicht innerhalb von drei Monaten nach der Tat die Überlassung schriftlich vom Täter verlangt hat, soweit ihr ein solches Verlangen im Einzelfall möglich und zumutbar ist.²⁶ Stellt das Opfer innerhalb von drei Monaten bei Gericht einen Antrag auf Wohnungsüberlassung, ist die gerichtliche Zustellung dieses Antrags an den Täter die „stärkste Form“ der schriftlichen Mitteilung im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 2 GewSchG und „ersetzt“ diese.²⁷

Der Anspruch auf Wohnungsüberlassung ist allerdings ausgeschlossen, wenn die Erklärung des Opfers aus Unkenntnis der Rechtslage unterbleibt.²⁸

c) Täterbelange, § 1361 b Abs. 1 BGB, § 14 Abs. 1 LPartG, § 2 Abs. 3 Nr. 3 GewSchG

Der Anspruch auf Wohnungsüberlassung ist nach § 2 Absatz 3 Nr. 3 GewSchG schließlich ausgeschlossen, wenn besonders schwerwiegende Belange des Täters entgegenstehen. Dies ist möglich, wenn der Täter wegen einer Behinderung oder einer schweren Erkrankung auf die entsprechend ausgebaute Wohnung angewiesen und ihm die schwierige Beschaffung einer Ersatzwohnung nicht zuzumuten ist. Denkbare Ausnahmesituation ist auch, dass der Täter mit seinen Kindern, die keine gemeinsamen Kinder sind, in der Wohnung lebt und die Kinder deshalb auch von der Wegweisung betroffen wären.²⁹ An das Vorliegen der Härteklausele sind aber in jedem Fall sehr strenge Anforderungen zu stellen. Die Interessen des Täters müssen die des Opfers weit übersteigen, um durchzugreifen. Dabei trägt der Täter die Darlegungs- und Beweislast für seine besonders schwerwiegenden Belange und insoweit verbleibende Zweifel gehen zu seinen Lasten.

Im Rahmen des § 1361 b BGB sowie des § 14 LPartG hat stets eine Gesamtabwägung zu erfolgen, im Rahmen derer auch die Täterbelange zu berücksichtigen sind.

²⁶ Bruder Müller (Fn. 8) S. 109 (120).

²⁷ Haußleiter/Schulz (Fn. 13) Kap. 10 Rdnr. 37.

²⁸ Müller in: Schnitzler (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 2. Auflage, München 2008, § 17 Rdnr. 61.

²⁹ Schumacher FamRZ 2002, 645 (652).

d) Trunkenheitstat

Nach § 1 Abs. 3 GewSchG ist es bei der Anordnung von Maßnahmen nach § 1 GewSchG unschädlich, wenn die Tat in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit begangen wurde, in den sich der Täter durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel vorübergehend versetzt hat. Durch die Verweisung in § 2 Abs. 1 GewSchG auf § 1 Abs. 3 GewSchG ist ausdrücklich klargestellt, dass auch eine Zuweisung der Wohnung zur Alleinnutzung ist nicht ausgeschlossen ist, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund Alkohols oder Drogen in einem vorübergehend nicht zurechnungsfähigen Zustand war, es sich also - wie nicht selten - um eine Trunkenheitstat handelt. Im Falle einer andauernden, etwa krankheitsbedingten Schuldunfähigkeit greift § 1 Abs. 3 GewSchG nach seinem eindeutigen Wortlaut hingegen nicht ein.³⁰

§ 1361b Abs. 2 BGB und § 14 Abs. 2 LPartG enthalten zwar keine dem § 1 Abs. 3 GewSchG entsprechende Regelung. Andererseits kann die selbst herbeigeführte Schuldunfähigkeit in Gewaltfällen auch hier nicht zur Verneinung der Anspruchs auf Wohnungszuweisung führen, da dann die sehr häufigen alkoholbedingten Gewalttaten nicht zu einer Zuweisung an den Ehegatten oder Lebenspartner führen würden und der Schutzstandard dieser Vorschriften in nicht zu rechtfertigender Weise hinter § 2 GewSchG zurückbliebe. Bei fehlender Schuld, insbesondere dann, wenn die fehlende Schuld auf Alkohol- oder Drogenkonsum zurückgeht, kann deshalb die Unbilligkeit gemäß § 1361 b Abs. 1 BGB, § 14 Abs. 1 LPartG bejaht werden und die Wohnungszuweisung rechtfertigen.

6. Aufteilung der Wohnung

§ 1361b Abs. 1 S. 1 BGB sieht vor, dass bei Vorliegen der sonstigen Tatbestandsmerkmale ein Anspruch auf Überlassung der Ehewohnung oder eines Teils von ihr zur alleinigen Benutzung besteht. Dem entspricht die Regelung in § 14 Abs. 1 S. 1 LPartG.

Rechtstatsächliche Untersuchungen haben allerdings ergeben, dass in Fällen häuslicher Gewalt eine nur teilweise Wohnungsüberlassung zur Alleinnutzung das Opfer vor weiteren Taten nicht ausreichend schützt. Aufgrund der in diesem Fall nach wie vor bestehenden Nähe ergeben sich regelmäßig neue Konflikte, die in weitere körperliche Misshandlungen münden. Deshalb ist sowohl in § 1361b Abs. 2 BGB als auch in § 14 Abs. 2 LPartG vorgesehen, dass in Gewaltfällen in der Regel die gesamte Wohnung zur Benutzung zu überlassen ist; eine Wohnungsaufteilung scheidet hier grundsätzlich aus und kann nur in

³⁰ AG Wiesbaden FamRZ 2006, 1145.

ganz besonderen Ausnahmefällen erwogen werden. Dementsprechend ist eine nur teilweise Überlassung zur Alleinnutzung im Gewaltschutzgesetz explizit gar nicht vorgesehen.

7. Relevanz des Rechtsverhältnisses an der Wohnung – Befristung der Zuweisung

Bei allen Vorschriften, die eine Regelung der Wohnungsnutzung durch das Familiengericht ermöglichen, ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, auf welchem Rechtsverhältnis das Nutzungsrecht an der Wohnung beruht, ob also einer der Bewohner oder beide Eigentümer oder Mieter der Wohnung sind.

Allerdings sind die Rechtsverhältnisse, auf denen die Wohnungsnutzung beruht, zum einen bei der Frage, wem die Wohnung zuzuweisen ist, zum anderen aber auch bei der Festlegung der Nutzungsdauer zu berücksichtigen, auch wenn dies das Gesetz nicht – wie in § 2 Abs. 2 GewSchG – ausdrücklich vorsieht. Im Hinblick auf Art. 14 GG gilt das insbesondere bei einer dinglichen Berechtigung. Die Zuweisung an den Nichteigentümer bedarf daher in der Regel eines besonders gewichtigen Grundes, der in ausgeübter oder angedrohter Gewalt, bei Eheleuten oder Lebenspartnern aber auch im Kindeswohl liegen kann.³¹

Von allen Zuweisungsvorschriften enthält lediglich § 2 Abs. 2 GewSchG eine konkrete Vorgabe für den zeitlichen Umfang der Zuweisung. Die Nutzungsdauer differiert dabei je nach dinglicher bzw. schuldrechtlicher Berechtigung an der Wohnung:

Sind Täter und Opfer Miteigentümer oder Mitmieter der Wohnung muss die Überlassung der Wohnung zur Alleinnutzung durch das Opfer nach § 2 Abs. 2 S. 1 GewSchG befristet werden. Eine konkrete Frist schreibt das Gesetz hier jedoch nicht vor. Maßgebend sind deshalb die jeweiligen Umstände des Einzelfalles, darunter auch die Überlegung, welcher Zeitraum voraussichtlich für die Aufhebung der gemeinsamen Berechtigung erforderlich ist.

Ist der Täter Alleineigentümer oder Alleinmieter der Wohnung (oder gemeinsam mit einem Dritten), sieht § 2 Abs. 2 S. 2 GewSchG zwingend eine Befristung auf maximal sechs Monate vor. Hier ist bei der Bemessung der Frist der Gedanke leitend, welchen Zeitraum das Opfer unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des örtlichen Wohnungsmarktes benötigt, um Ersatzwohnraum zu finden. Nach § 2 Abs. 2 S. 3 GewSchG kommt ausnahmsweise eine Verlängerung der Befristung um sechs Monate in Betracht, wenn innerhalb des Zeitraums

³¹ OLG Stuttgart FamRZ 2004, 876.

der ersten Befristung eine angemessene Ersatzwohnung nicht gefunden werden konnte und nicht überwiegende Belange des Täters oder eines Dritten entgegenstehen.

Ist dagegen das Opfer der Gewalt Alleineigentümer oder Alleinmieter, bedarf es keiner Befristung. Die Alleinnutzung entspricht hier dem der Nutzung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis.

Die Zuweisung zur Alleinnutzung während der Trennungszeit nach § 1361b BGB bzw. § 14 LPartG ist per se auf die Trennungszeit begrenzt. Ist der Täter Alleineigentümer und – etwa aufgrund umfangreicher Rechtsstreitigkeiten – ein Ende der Trennungszeit nicht abzusehen, sollte auch in diesem Fall eine Befristung erwogen werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass Eheleute und Lebenspartner vor der rechtskräftigen Auflösung von Ehe und Lebenspartnerschaft einander noch ein höheres Maß an Solidarität schulden.

8. Schutz- und Zusatzanordnungen

Mit der bloßen Wohnungszuweisung ist es in der Regel nicht getan: Der weggewiesene Alleinmieter muss daran gehindert werden, die Wohnung zu kündigen, es muss die Möglichkeit geschaffen werden, den Weggewiesenen, wenn er das Feld nicht freiwillig räumt, vom Gerichtsvollzieher aus der Wohnung entfernen zu lassen, das Gewaltopfer muss davor geschützt werden, dass der Täter zurückkehrt, ihm auflauert oder es belästigt. Bei allen Arten der Nutzungsregelung bezüglich einer Wohnung kommen daher Schutz- und Zusatzanordnungen in Betracht, die der Wohnungszuweisung letztlich erst zur vollen Wirksamkeit verhelfen und die bei allen Vorschriften vom Gesetz auch vorgesehen sind.³²

a) Räumungsanordnung

Eine Zuweisungsanordnung stellt für sich keinen vollstreckbaren Räumungstitel dar. Das Gericht muss deshalb denjenigen, der die Wohnung verlassen soll, von Amts wegen zusätzlich verpflichten, diese zu räumen und an den anderen herauszugeben, damit der Gerichtsvollzieher die Räumung durchsetzen kann (§ 885 ZPO).³³

³² Wohlverhaltensgebote in §1361 b Abs. 3 S. 1 BGB, § 14 Abs. 3 S. 1 LPartG, § 2 Abs. 4 GewSchG; § 15 HausratsVO (ggf. in Verbindung mit § 18a HausratsVO bzw. mit §§ 661 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2, 621 Abs. 1 Nr. 7, 621 a Abs. 1 ZPO bzw. mit § 64 b Abs. 2 S. 4 FGG).

³³ Die Anwendung von § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO sind durch das Familiengericht bei der Räumungsverpflichtung auszuschließen, damit klargestellt ist, dass eine Räumung hinsichtlich der Wohnungseinrichtung unterbleibt.

Dabei kann zwar auch eine Räumungsfrist bewilligt werden; in Gewaltfällen scheidet diese jedoch regelmäßig aus.

b) Betretungsverbot u.a.

Zweckmäßigerweise erlässt das Familiengericht weitere Anordnungen, wie etwa das Verbot, die Wohnung nach der Räumung ohne Zustimmung des Partners nochmals zu betreten, und das Gebot, sämtliche zur Wohnung gehörende Schlüssel herauszugeben. Üblich ist auch die Anordnung, die persönlichen Sachen mitzunehmen, und das Verbot, Hausratsgegenstände zu entfernen.

Sollte ausnahmsweise einmal eine Wohnungsaufteilung in Betracht kommen, ist eine Benutzungsregelung für gemeinsam zu benutzende Räume sinnvoll. Zu denken ist hier an Zeitregelungen für die Benutzung von Küche und Bad, aber auch an Regelungen über die Art der Nutzung, zum Beispiel ein Rauchverbot in gemeinsam genutzten Räumen.

c) Kündigungsverbot

Ist der aus der Wohnung gewiesene Täter Alleinmieter der Wohnung, liegt es nahe, dass er auf die Idee kommt, die Wohnung zu kündigen. Um dies zu verhindern, kann das Verbot ausgesprochen werden, den Mietvertrag zu kündigen oder in sonstiger Weise zu beenden. Sehr problematisch ist allerdings, dass dieses Kündigungsverbot nur ein sog. relatives Verfügungsverbot begründet. Das bedeutet, dass eine entgegen diesem Verbot ausgesprochene Kündigung zwar im Verhältnis zum Partner unwirksam ist, nicht jedoch im Verhältnis zum Vermieter. Man kann sich ohne weiteres vorstellen, dass hieraus kaum lösbare mietrechtliche Probleme entstehen können. Deshalb wird seit längerem gefordert, dass eine gegen ein solches Verbot verstoßende Kündigung absolut unwirksam sein müsse³⁴ - bislang allerdings ohne Erfolg. Um Komplikationen zu vermeiden, sollte der Vermieter zumindest sofort von dem erwirkten Kündigungsverbot unterrichtet werden.

d) Veräußerungsverbot

Vor einer Wohnungsveräußerung durch den weg gewiesenen Alleineigentümer kann das Familiengericht nicht schützen. Das Gericht darf dieses Eigentum zwar durch zeitweilige

³⁴ Brudermüller FuR 2003, 433 (437).

Nutzungsregelungen einschränken, aber nicht eine Verfügungsbeschränkung über das Eigentum verhängen. Zum Schutz des Partners, dem die Wohnung zugewiesen wird, kann das Gericht in diesem Fall jedoch ein – befristetes – Miet- oder Nutzungsverhältnis zwischen den Parteien begründen, das im Fall einer Veräußerung dann dem Erwerber gegenüber besteht (§ 566 BGB).

e) Gewaltfälle

Bei Fällen von Gewalt oder Drohung ist nicht nur das Verbot, die Wohnung des Opfers erneut zu betreten, sinnvoll, sondern auch das Verbot, sich in einem bestimmten Umkreis von ihr aufzuhalten („Bannmeile“), bestimmte andere Orte aufzusuchen, an denen sich das Opfer aufhält, Verbindungen, auch über Telekommunikation, zu dem Opfer aufzunehmen oder Zusammentreffen mit ihm herbeizuführen, ergänzt durch das Gebot, sich bei einem zufälligen Zusammentreffen unverzüglich zu entfernen.

Werden diese Schutzanordnungen auf § 1 GewSchG gestützt, sind Verstöße hiergegen nach § 4 GewSchG unter Strafe gestellt.

9. Eilmaßnahmen

Im Rahmen der Vorschriften, die eine Nutzungsregelung an einer Wohnung durch das Familiengericht ermöglichen, besteht die umfassende Möglichkeit zum Erlass diesbezüglicher einstweiliger Anordnungen, wenn die Regelung der Nutzungsverhältnisse so dringlich ist, dass damit nicht bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren zugewartet werden kann.³⁵ Das Gericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Bei besonderer Eilbedürftigkeit kann auch das rechtliche Gehör für den Gegner zunächst unterbleiben, muss dann aber nachgeholt werden. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die einstweilige Anordnung auf Antrag jederzeit aufgehoben oder geändert und auch Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt werden kann. Im Rahmen einer Anordnung nach § 2 GewSchG sind außerdem vollstreckungsrechtliche Erleichterungen vorgesehen, die eine rasche Durchsetzung sicherstellen.

Als vorläufige Regelung kommen grundsätzlich alle die Nutzung betreffenden Entscheidungen in Betracht, die im Rahmen der Hauptsacheentscheidung möglich sind. Dies

³⁵ §§ 620 Nr. 7 und 9, 621 g (jeweils in Verbindung mit §§ 661 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 bei Lebenspartnern), § 64 b Abs. 3 FGG.

gilt auch für Schutz- und Zusatzanordnungen, denen gerade im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes häufig große Bedeutung zukommt.

In München hat sich dazu folgendes Modell zur Koordination zwischen der Opferschutzstelle des Polizeipräsidiums und dem Familiengericht entwickelt: Wird die Polizei bei häuslicher Gewalt eingeschaltet und ordnet einen Platzverweis, ein Kontaktverbot oder eine vorläufige Festnahme an, wird dem Familiengericht ein Kurzbericht „häusliche Gewalt“ zugeleitet. Kommt in der Folge ein Antrag auf Wohnungszuweisung wird dieser Bericht dem entsprechenden Verfahren beigegeben und dient daher als weiteres Mittel der Glaubhaftmachung des Sachverhalts. Das Familiengericht seinerseits teilt Schutzmaßnahmen nach § 1 GewSchG der Polizeidienststelle am Wohnsitz des Opfers mit, damit diese bei Verstößen sofort tätig werden kann.³⁶

II. Maßnahmen nach § 1 GewSchG

1. Voraussetzungen

- a) ausgeübte oder angedrohte Gewalt, wie bei § 2 GewSchG besprochen, oder
- b) Eindringen in eine Wohnung oder befriedetes Besitztum, also die Verletzung des Hausrechts, oder
- c) unzumutbare Belästigung durch Nachstellungen oder Verfolgung unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, d.h. die hartnäckige Belästigung einer Person durch eine andere, die ständige demonstrative Anwesenheit des Täters und aufdringliche Kontaktversuche in jeder Form („stalking“).

Im Gegensatz zur Regelung der Alleinnutzung der Wohnung ist kein soziale Nähebeziehung oder auch nur eine Bekanntschaft zwischen Täter und Opfer erforderlich.

2. Maßnahmen

Das Gericht kann alle im konkreten Einzelfall geeignet erscheinenden Maßnahmen ergreifen. Im Gesetz sind folgende Maßnahmen exemplarisch erwähnt:

- Wohnungsbetretungsverbot,
- Verbot, sich in einem bestimmten Umkreis zur Wohnung aufzuhalten,

³⁶ Grundlage sind die bayerischen Sondervorschriften – I/7 – zu den Mitteilungen in Zivilsachen.

- Verbot, bestimmte Orte aufzusuchen, an denen sich die verletzte Person regelmäßig aufhält,
- Verbot, Verbindung zur verletzten Person aufzunehmen, auch unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln,
- Verbot, Zusammentreffen mit der verletzten Person herbeizuführen.

Der Katalog ist jedoch nicht abschließend. Auch kann das Gericht je nach Fallgestaltung Ge- und Verbote kombinieren und variieren.³⁷

Die Anordnungen sollen nach den Vorgaben des Gesetzes befristet werden, das Familiengericht kann die Frist aber - falls nötig auch mehrmals - verlängern.³⁸

In diesem Zusammenhang besteht nach derzeitiger Rechtslage allerdings noch eine missliche Zuständigkeitsproblematik:

Nach § 23 b Abs. 1 Nr. 8 a GVG ist das Familiengericht für Maßnahmen nach § 1 GewSchG dann zuständig, wenn die Beteiligten einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führen oder innerhalb von sechs Monaten vor Antragstellung geführt haben. Ist dies nicht der Fall besteht eine Zuständigkeit des allgemeinen Zivilgerichts. Dass diese gespaltene Zuständigkeit zu unnötigen Zuständigkeitsstreiten bzw. Abgaben zwischen Familiengericht und Zivilgericht führt, wird kaum überraschen. Bei der geplanten Reform des Verfahrensrechts ist deshalb künftig eine umfassende Zuständigkeit des Familiengerichts in diesem Bereich vorgesehen.³⁹

III. Scheidung der Ehe bzw. Aufhebung der eingetragenen Lebenspartnerschaft vor Ablauf des Trennungsjahres, § 1565 Abs. 2 BGB, § 15 Abs. 2 Nr. 3 LPartG

1. Scheitern der Ehe/Lebenspartnerschaft

Eine Ehe kann dann geschieden und eine Lebenspartnerschaft aufgehoben werden, wenn sie gescheitert sind (§ 1565 Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 2 Nr. 1 LPartG). Dies ist der Fall, wenn die jeweilige Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Eheleute oder Partner sie wiederherstellen. Die Voraussetzungen der Aufhebung einer Lebenspartnerschaft wurden weitgehend an die Voraussetzungen für eine Ehescheidung angeglichen, sind aber nach wie vor nicht völlig identisch.⁴⁰

³⁷ Schumacher/Janzen (Fn. 25) Rdnr. 74.

³⁸ Palandt/Brudermüller (Fn. 3) § 1 GewSchG Rdnr. 7.

³⁹ §§ 111 Nr. 6, 210 FGG-RG (BT-Drs. 16/6308).

⁴⁰ Palandt/Brudermüller (Fn. 3) § 1 LPartG Rdnr. 3.

2. Unzumutbare Härte durch Gründe, die in der Person des anderen Ehe-/Lebenspartners liegen

Grundsätzlich müssen die Eheleute und Lebenspartner mindestens ein Jahr getrennt leben. Ist dies nicht der Fall, müssen zum Scheitern der Ehe bzw. Lebenspartnerschaft zusätzliche Gründe hinzukommen:

So muss die Fortsetzung der Ehe oder Lebenspartnerschaft, das Weiter-Miteinander-Verbunden-sein, für den Antragsteller eine unzumutbare Härte darstellen. Dabei müssen sich die Härtegründe aus der Person des anderen Ehegatten herleiten. Verschulden ist aber ohne Bedeutung, weil eine unzumutbare Härte auch ohne Verschulden bejaht werden kann. Andererseits rechtfertigt nicht jedes schuldhafte Fehlverhalten eine Scheidung oder Aufhebung der Lebenspartnerschaft vor Ablauf des Trennungsjahres. An die Voraussetzungen der § 1565 Abs. 2 BGB, § 15 Abs. 2 Nr. 3 LPartG werden durchaus strenge Anforderungen gestellt.

Misshandlungen gehören mit zu den häufigsten Anwendungsfällen für § 1565 Abs. 2 BGB.⁴¹ Das Kammergericht hat sogar eine einmalige Ohrfeige genügen lassen.⁴² Anders entschied das OLG Stuttgart bei einer einmaligen Tätlichkeit im Affekt.⁴³ Vergewaltigung und sexuelle Nötigung,⁴⁴ Neigung zu Gewalttätigkeiten verbunden mit einer zweimaligen vorsätzlichen Gefährdung im Straßenverkehr,⁴⁵ eine Dritten gegenüber geäußerte Morddrohung⁴⁶ oder gravierende Übergriffe eines alkoholbedingt gewalttätigen Ehemannes⁴⁷ können eine unzumutbare Härte demgegenüber begründen. Unerheblich ist, wenn der Antragsteller das Verhalten des anderen über Jahre ertragen hat.

Die Quote der Scheidungen vor Ablauf des Trennungsjahres ist allerdings gering; sie betrug 1997 weniger als 2%.⁴⁸ Bei Gewaltvorfällen wird eine räumliche Trennung oft zu einer Beruhigung der Situation führen. Diese ist den Beteiligten häufig wichtiger als die Durchführung eines Scheidungsverfahrens mit noch dazu ungewissem Ausgang. Denn die Härtegründe müssen vom Antragsteller im Verfahren im Einzelnen dargelegt und

⁴¹ Zu § 15 Abs. 2 Nr. 3 LPartG liegen – soweit ersichtlich – noch keine veröffentlichten Entscheidungen vor.

⁴² KG FamRZ 1985, 1066.

⁴³ OLG Stuttgart FamRZ 2002, 239.

⁴⁴ OLG Braunschweig FamRZ 2000, 287.

⁴⁵ OLG Stuttgart FamRZ 1988, 1276.

⁴⁶ OLG Brandenburg FamRZ 2001, 1458.

⁴⁷ FamRB 2008, 67.

⁴⁸ Finger FuR 2008, 119 (121).

gegebenenfalls bewiesen werden. Allgemeine und eher vage Ausführungen genügen hierfür nicht.

IV. Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge, § 1671 BGB

1. Grundsatz, §§ 1626, 1626a BGB

Verheiratete Eltern haben grundsätzlich die gemeinsame elterliche Sorge. Bei nichtverheirateten Paaren hat die Mutter die Alleinsorge, es sei denn, die Eltern geben eine Sorgeerklärung ab oder heiraten später.⁴⁹

2. Kein Regel-Ausnahme-Verhältnis

Das BVerfG⁵⁰ hat klargestellt, dass die Alleinsorge nicht ultima ratio ist, d.h. dass der gemeinsamen Sorge also nicht stets Vorrang gegenüber der Alleinsorge zukommt. Maßstab ist ausschließlich das Kindeswohl.

3. Voraussetzungen der Aufhebung der gemeinsamen Sorge gemäß § 1671 BGB

a) Nicht nur vorübergehende Trennung der Eltern

Damit werden auch Fälle erfasst, in denen die Eltern nie zusammengelebt haben. Eine bloße Trennungsabsicht genügt hingegen nicht.⁵¹

b) Antrag

Antragsberechtigt sind nur die Eltern, nicht das Jugendamt oder das Kind selbst.

c) Einvernehmen § 1671 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB

Stimmt der andere Elternteil dem Antrag zu, ist das Gericht an diesen übereinstimmenden Willen grundsätzlich gebunden, es sei denn, das über 14jährige Kind widerspricht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn Anzeichen für eine Kindeswohlgefährdung vorliegen.

d) Aufhebung entspricht dem Kindeswohl am Besten, § 1671 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB

⁴⁹ Zur Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift vgl. BVerfG FamRZ 2003, 285.

⁵⁰ FamRZ 2004, 354; vgl. auch BGH FamRZ 1999, 1646.

⁵¹ Palandt/Diederichsen (Fn. 3) § 1671 Rdnr. 10.

Die Ausübung der gemeinsamen Sorge auch nach einer Trennung setzt voraus, dass zwischen den Eltern eine Einigung in Angelegenheiten des Kindes von erheblicher Bedeutung überhaupt möglich ist. Dabei nimmt die Rechtsprechung die Eltern, was Konsensfindung betrifft, durchaus in die Pflicht. Partnergewalt ist jedoch auch Ausdruck einer gestörten Kommunikationsfähigkeit und beeinträchtigt das Kindeswohl. Bei massiven körperlichen Auseinandersetzungen zwischen den Eltern oder auch einseitiger Gewalttätigkeit gegen die Kindsmutter ist eine Alleinsorge deshalb in der Regel vorzuziehen.⁵² Die Rechtsprechung ist aber nicht einheitlich und ordnet aggressive, auch gewalttätige Spannungen bisweilen nur der Paarebene zu.⁵³

Im Verfahren auf Übertragung der Alleinsorge auf einen Elternteil sind die Eltern und das Kind anzuhören (§§ 50 a und b FGG). Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003⁵⁴ in Gewaltfällen die getrennte Anhörung der Eltern angemahnt, die nach dem am 24.4.2008 im Bundestag beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls künftig im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wenn der Schutz eines Elternteils dies erfordert (§ 50 a Abs. 3 S. 3 FGG-E).⁵⁵

V. Beschränkung oder Ausschluss familienrechtlicher Ansprüche

1. Mögliche familienrechtliche Ansprüche zwischen Partnern

a) Unterhaltsanspruch, § 1361 BGB, §§ 1569ff BGB, §§ 12, 16 LPartG, § 1615 I BGB

Zwischen Ehe- und Lebenspartnern besteht grundsätzlich während jeder Phase der Beziehung ein Unterhaltsanspruch, während des Zusammenlebens, nach der Trennung und auch nach der rechtskräftigen Auflösung der Verbindung. Bei nicht miteinander verheirateten Eltern sieht das Gesetz nur einen Unterhaltsanspruch für die Zeit der Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes vor, darüber hinaus kann ein Unterhaltsanspruch nur im Wege einer individuellen vertraglichen Regelung vereinbart werden.

b) Versorgungsausgleich, §§ 1587 ff BGB, § 20 LPartG

⁵² Palandt/Diederichsen (Fn. 3) § 1671 Rdnr. 21.

⁵³ Flügge FPR 2008, 135 (138).

⁵⁴ FamRZ 2004, 354.

⁵⁵ BT-Drs. 16/8914 und BT-Drs. 16/6815.

Der Ehegatte oder Lebenspartner, der in der Ehe die werthöheren Versorgungsrechte erworben hat, muss dem anderen die Hälfte des bestehenden Wertunterschiedes zuwenden. Das Familiengericht entscheidet über den Versorgungsausgleich von Amts wegen im Rahmen des Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens, eines Antrags bedarf es insoweit nicht (§§ 623 Abs. 1 S. 3, 661 Abs. 2 ZPO).

c) Zugewinnausgleich, §§ 1363, 1371ff BGB, § 6 LPartG

Ein Zugewinnausgleich findet statt, wenn die Eheleute oder Lebenspartner im (gesetzlichen) Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt haben, was dem Regelfall entspricht. Im Zugewinnausgleich werden die Vermögenswerte, die die Partner am Anfang und am Ende der Ehe besessen haben, gleichsam „bilanziert“ und der Überschuss für jeden Partner gesondert errechnet. Derjenige, der den höheren Überschuss erzielt hat, ist dem anderen gegenüber in der Höhe des hälftigen Differenzwerts zum Ausgleich verpflichtet.

2. Einschränkende Billigkeitsregeln

a) §§ 1579, 1361 Abs. 3 BGB, §§ 12, 16 LPartG, §§ 1615 I Abs. 3 S. 1, 1611 BGB

Der Unterhaltsanspruch eines Unterhaltsberechtigten kann bei einem schwerwiegenden Fehlverhalten gegen den Unterhaltsverpflichteten eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Auch eine zeitliche Befristung oder die Verbindung von Herabsetzung und Befristung sind denkbar. Im Detail unterscheiden sich die Vorschriften in den Formulierungen, aber letztlich erfordern alle gleichermaßen die Unbilligkeit bzw. grobe Unbilligkeit des Unterhaltsanspruchs im Hinblick auf das Fehlverhalten, wobei ein völliger Ausschluss nur dann in Betracht kommt, wenn ein so schwerwiegendes Fehlverhalten vorliegt, dass selbst die Leistung eines nur ganz geringfügigen Unterhaltsbeitrages dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde.

Die Rechtsprechung stellt aber durchaus hohe Anforderungen an die Verwirkung. So wurde eine Kürzung des Unterhalts wegen Begehung einer gefährlichen Körperverletzung zu Lasten des Unterhaltspflichtigen abgelehnt, wenn die Tat eine Kurzschlusshandlung darstellt und es sich nur um ein einmaliges Fehlverhalten gehandelt hat. Tritt zur Körperverletzung allerdings eine vorsätzliche falsche Verdächtigung mit unrichtiger Strafanzeige gegen den Unterhaltspflichtigen hinzu, ist der Unterhalt um 50% zu kürzen.⁵⁶ Anders wurde entschieden bei einer von langer Hand geplanten schweren Körperverletzung der Mutter im Beisein der

⁵⁶ OLG Schleswig FamRB 2007, 325.

Kinder,⁵⁷ hier wurde die Verwirkung bejaht. Aber auch Verstöße gegen Anordnungen nach dem GewSchG wurden als schwere vorsätzliche Vergehen gewertet, die eine Verwirkung begründen können.⁵⁸

Bei der Abwägung, ob ein Unterhaltsanspruch herabzusetzen, zu befristen oder auszuschließen ist, sind immer auch die Belange von Kindern, die vom Unterhaltsberechtigten betreut werden, zu berücksichtigen.

b) Nach § 1587c BGB (bei eingetragenen Lebenspartnern in Verbindung mit § 20 LPartG) findet der Versorgungsausgleich unter anderem nicht statt, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten unter Berücksichtigung der beiderseitigen Verhältnisse grob unbillig wäre. Nachhaltige Misshandlungen und über lange Zeit erduldetes Gewalt können zu einer Herabsetzung oder sogar zum völligen Ausschluss des Versorgungsausgleichs führen.⁵⁹

c) Auch im Rahmen des Zugewinnausgleichs kann der Ausgleichsverpflichtete nach § 1381 BGB (bei eingetragenen Lebenspartnern in Verbindung mit § 6 LPartG) die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falles grob unbillig wäre. Auch hier sind die Anforderungen sehr streng, die Gewährung des Ausgleichs müsste also – wie beim völligen Ausschluss des Unterhalts – dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen.⁶⁰ Bejaht wurde dies für die Tötung des Ehepartners,⁶¹ aber auch bei jahrzehntelanger Unterdrückung und Misshandlung.⁶² Erforderlich für den Ausschluss oder die Herabsetzung ist also ein gravierendes und auch nachhaltiges Fehlverhalten.

C. Gewalt gegen Kinder

Ungefähr 100 Jahre wurden benötigt, um von einem am Prinzip von Zucht und Ordnung unter Anwendung auch von Gewalt geprägten Erziehungsstil zu einer partnerschaftlichen Wahrnehmung der elterlichen Sorge unter Verzicht auf jede Gewalt zu kommen. Nach dem ursprünglichen BGB, das am 01.01.1900 in Kraft trat, hatte der Vater die elterliche Gewalt und ihm waren „angemessene Zuchtmittel“ gestattet. Heute haben wir die gemeinsame elterliche Sorge und – allerdings erst seit dem Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der

⁵⁷ BGH FamRZ 2004, 612.

⁵⁸ OLG Bamberg FamRZ 2007, 1465.

⁵⁹ OLG Celle FamRB 2008, 6.

⁶⁰ Palandt/Brudermüller (Fn. 3) § 1381 Rdnr. 2.

⁶¹ OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 823.

⁶² OLG Bamberg NJW-RR 1997, 1435.

Erziehung vom 2.11.2000⁶³ – auch das Recht des Kindes auf eine gewaltfreie Erziehung (§ 1631 Abs. 2 BGB).

I. Familiengerichtliche Maßnahmen bei Kindeswohlgefährdung, §§ 1666, 1666a BGB

1. Voraussetzungen

a) Kindeswohlgefährdung

Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl eines Kindes gefährdet, muss das Familiengericht nach § 1666 BGB die zur Abwendung der Gefahr notwendigen Maßnahmen treffen. Ein wichtiges Indiz für die Zahl der Kindesvernachlässigungen und -misshandlungen in Deutschland sind die vorläufigen Schutzmaßnahmen nach § 42 SGB VIII. Danach ist das Jugendamt verpflichtet, ein Kind oder einen Jugendlichen in seine Obhut zu nehmen, wenn das Kind oder der Jugendliche um Obhut bittet oder wenn eine dringende Gefahr für das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen die Inobhutnahme erfordert. Im Jahr 2005 sind insgesamt 25.400 Kinder und Jugendliche in Obhut genommen worden, davon 7.700 auf eigenen Wunsch. In 23% der Fälle waren Vernachlässigung bzw. Anzeichen für Misshandlung oder sexuellen Missbrauch der Grund.⁶⁴

Eine Gefährdung des Kindeswohls, das die Gerichte zum Eingreifen berechtigt, ist allerdings erst dann gegeben, wenn eine gegenwärtige in einem solchen Maß vorhandene Gefahr vorliegt, dass sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt. Dabei muss diese Gefährdung nachhaltig und schwerwiegend sein. Misshandlung oder sexueller Missbrauch sind die massivsten Fälle der Kindeswohlgefährdung. Diese kommt aber auch in Betracht bei schweren Ernährungs- und Hygienemängeln, gesundheitlichen Gefährdungen, Abhalten vom Schulbesuch und ähnlichem. Hohe Aufmerksamkeit hat eine Entscheidung zur Sorgerechtsentziehung bei einer gambischen Mutter erregt, deren Tochter bei Heimkehr nach Gambia die Genitalverstümmelung drohte.⁶⁵ Entscheidend ist, dass das Familiengericht in diesem Bereich ganz klar auf die Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl beschränkt ist und nicht bereits dann eingreifen kann, wenn die jeweiligen Rahmenbedingungen nicht ideal sind oder

⁶³ BGBl. I 2000, 1479.

⁶⁴ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 351 vom 30.08.2006.

⁶⁵ BGH FamRZ 2005, 344.

das Kind keine optimale Förderung und Erziehung erhält. Das elterliche Fehlverhalten muss ein solches Ausmaß erreichen, dass das Kind bei einem Verbleib in der Familie in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist. Wohn- und hygienische Verhältnisse rechtfertigen daher nur dann einen Sorgerechtsingriff, wenn durch hierauf zurückzuführende Umstände das Wohl der betroffenen Kinder in gesundheitlicher oder sozialer Hinsicht gefährdet wird.⁶⁶ Der Entzug der elterlichen Sorge kommt auch in Betracht im Falle eines „Münchhausen-by-proxy“-Syndroms.⁶⁷ Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass der betroffene Elternteil eine Erkrankung des Kindes hervorruft oder jedenfalls vortäuscht und wiederholt Ärzte aufsucht, denen die wahren Ursachen des Krankheitsbildes nicht offenbart werden. Bei einer Trennung von dem sehr fürsorglich erscheinenden Elternteil bilden sich die Krankheitssymptome alsbald zurück. Auch und gerade bei Miterleben gewalttätiger Auseinandersetzungen der Eltern oder eines Elternteils und dessen Partner kann das Kindeswohl so gefährdet sein, dass ein Sorgerechtsingriff geboten ist.

b) Erziehungsversagen

Die Gefährdung muss nach derzeitiger Rechtslage durch missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes oder durch unverschuldetes Versagen der Eltern verursacht sein. Dieses Tatbestandsmerkmal des elterlichen Fehlverhaltens wird nach dem bereits erwähnten Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls⁶⁸ künftig aufgegeben.

c) Fehlende Gefahrenabwehr durch den Sorgeberechtigten

Weitere Voraussetzung für ein Eingreifen des Familiengerichts in das Sorgerecht nach § 1666 BGB ist, dass die Eltern nicht bereit oder nicht fähig sind, die Gefahren für ihr Kind abzuwenden. Hier ist insbesondere zu prüfen, ob Hilfen nach §§ 27ff SGB VIII, etwa eine Erziehungsbeistandschaft, möglich sind und die Eltern solche Hilfen annehmen. Diese öffentlichen Hilfen haben stets Vorrang. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass dem Kind am besten durch Hilfe in der Familie gedient ist.

2. In Betracht kommende Maßnahmen

⁶⁶ OLG Brandenburg FamRZ 2008, 712.

⁶⁷ OLG Dresden FamRZ 2008, 712.

⁶⁸ Vgl. Fn. 55.

a) Anordnungen

Als Maßnahmen des Familiengerichts kommen Hinweise, Ermahnungen, Ge- und Verbote in Betracht. Hier zeigt sich auch, dass die familienrechtlichen Eingriffskompetenzen eng mit den Unterstützungsleistungen des Jugendhilferechts verzahnt sind. So korrespondiert mit dem Recht auf gewaltfreie Erziehung im BGB die Verpflichtung des Jugendamts, Wege zu gewaltfreien Lösungen bei Konfliktsituationen in der Familie aufzuzeigen (§ 16 SGB VIII). Nehmen die Eltern die Unterstützungsangebote des Jugendamts nicht an, kann das Familiengericht sie dazu verpflichten, also etwa dazu eine Tagesbetreuung für das Kind in Anspruch zu nehmen oder eine sozialpädagogische Familienhelferin zuzulassen. Gefährdet ein Dritter das Kindeswohl, können ihm gegenüber ausgesprochene Umgangs- und Kontaktverbote sinnvoll sein. In § 1666 Abs. 4 BGB sieht das Gesetz Maßnahmen gegen Dritte ausdrücklich vor.

b) „go-order“

Nach § 1666a Absatz 1 Satz 1 und 2 ist auch die Wegweisung eines mit dem Kind zusammenlebenden Elternteils oder eines Dritten möglich. Das bedeutet, dass ein gefährdender Dritter, selbst wenn dieser in der Nachbarwohnung lebt, aus seiner Wohnung gewiesen werden kann, wenn dies zum Schutz des Kindes nötig ist. Auch hier gilt also der Grundsatz, der Täter geht, das Opfer bleibt. In der Praxis wird allerdings noch überwiegend eine Fremdunterbringung des Kindes in einem Heim oder bei Pflegeeltern vollzogen, da häufig nicht gewährleistet ist, dass der Elternteil des Kindes dem Weggewiesenen nicht doch wieder Zugang zum Kind gestattet.

Die Wegweisung wird in der Regel zu befristen sein und ist zumindest dann aufzuheben, wenn eine Gefahr für das Kindeswohl nicht mehr besteht.

c) Sorgerechteinriff

Als letztes und schärfstes Mittel - weil die Eltern sich etwa öffentlichen Hilfen verweigern oder diese wegen massiver Gewalt gegen das Kind nicht ausreichen - kann das Familiengericht das Sorgerecht entziehen, auf einen Pfleger übertragen und das Kind von der Familie trennen. Dabei muss sich dieser Sorgerechtsentzug wiederum nach dem

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf die Teilbereiche der elterlichen Sorge beschränken, die unbedingt erforderlich sind, um die Kindeswohlgefährdung abzuwenden.

3. Amtsverfahren

Bei § 1666 BGB ist kein Antrag nötig. Es handelt sich um ein sog. Amtsverfahren, das heißt, das Familiengericht muss von sich aus tätig werden, wenn es von einem dementsprechenden Sachverhalt erfährt.

II. Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge, § 1671 BGB

Das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung kann außerdem bei Trennung der Eltern und einem dementsprechenden Antrag die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den Elternteil rechtfertigen, der dieses Recht besser gewährleistet.⁶⁹

III. Umgang

1. Recht und Pflicht

Nach § 1684 Abs. 1 BGB hat das Kind ein Recht auf Umgang mit jedem Elternteil, die Eltern sind dazu berechtigt und verpflichtet. Umgang beinhaltet nicht nur persönliche Begegnungen, sondern auch Brief-, Telefon- und Mailverkehr sowie die Zusendung von Geschenken. Das Recht, den Umgang eines Kindes zu bestimmen, ist Teil der Personensorge. Einigen sich die Parteien hierüber nicht, ist der Umfang des Umgangs durch das Familiengericht festzulegen. Es gibt hier keine Standards, sondern hängt von der jeweiligen Familiensituation, insbesondere auch dem Alter der Kinder ab.

2. Vermutung des § 1626 Abs. 3 BGB

Das Gesetz geht davon aus, dass der Umgang mit beiden Elternteilen zum Wohl des Kindes gehört.

3. Einschränkung oder Ausschluss des Umgangs, § 1684 Abs. 4

Eine Einschränkung oder ein Ausschluss des Umgangsrechts für kürzere Zeit setzt voraus, dass dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist, ein längerer Ausschluss kommt nur dann in

⁶⁹ OLG Jena FamRZ 2008, 806.

Betracht, wenn das Kindeswohl andernfalls gefährdet wäre (§ 1684 Abs. 4 BGB).⁷⁰ Auch die Einschränkung des Umgangs durch Anordnung einer Umgangsbegleitung setzt eine gesicherte Tatsachengrundlage hinsichtlich der Erforderlichkeit dieser Begleitung voraus.⁷¹ Die Möglichkeit, das Kind während des Umgangs zu schützen, indem dieser nur begleitet, also in Anwesenheit dritter Personen, stattfindet, wird in Deutschland inzwischen in zahlreichen Einrichtungen angeboten und geht einem Umgangsausschluss vor. Die Art der Begleitung erfolgt dabei durchaus abgestuft nach der Art der Gefährdung. Besteht etwa die Gefahr der Entführung des Kindes, kann es genügen, den Umgang in Räumen stattfinden zu lassen, aus denen sich der fragliche Elternteil mit dem Kind nicht entfernen kann, während nichts entgegensteht, dass er im Übrigen alleine mit dem Kind spielt. Bestand schon lange kein Kontakt mehr zwischen Elternteil und Kind oder handelt es sich um einen Gewaltfall, wird der Umgangsbegleiter hingegen direkt im Raum anwesend sein, um dem Kind Sicherheit zu vermitteln.

IV. Verwirkung des Elternunterhalts, § 1611 BGB

Nach § 1601 BGB haben Verwandte in gerader Linie gegeneinander Unterhaltsansprüche. Das heißt, dass nicht nur Kinder Unterhalt von den Eltern fordern können, sondern diese auch von ihren Kindern. Bei Gewaltausübung gegen das Kind kann dieser Unterhaltsanspruch jedoch verwirkt sein.⁷²

Etwas anderes gilt bei Gewaltausübung durch das Kind gegen einen Elternteil: Nach § 1611 Abs. 2 BGB ist die Verwirkung von Unterhaltsansprüchen durch minderjährige Kinder ohne Ausnahme ausgeschlossen. In Folge dessen war ein Unterhaltsanspruch auch nicht verwirkt, als ein minderjähriger Sohn seinem Vater ankündigte, ihm ein Messer durch die Kehle zu jagen und ihm einen Schlag auf den Kopf zu geben, der zum Verlust des gesamten Hirnwassers führen werde.⁷³ Der Einwand der Verwirkung bleibt auch nach Eintritt der Volljährigkeit ausgeschlossen, wenn der Verwirkungstatbestand zur Zeit der Minderjährigkeit erfüllt wurde.

D. Gewalt gegen alte Menschen

⁷⁰ Vgl. dazu z.B. AG Bremen ZKJ 2008, 214: Wiederholte massive Gewalttätigkeiten und Terror gegen den betreuenden Elternteil, das gemeinsame Kind und weitere im Haushalt lebende Kinder sowie das Vortäuschen von Straftaten, um mit dem betreuenden Elternteil wieder in Kontakt treten zu können, und andauerndes Nachstellen diesem gegenüber, rechtfertigen den Ausschluss des Umgangs für die Dauer von sechs Jahren.

⁷¹ BVerfG FamRB 2008, 138: Eine auf pädophile Neigung des Umgangsberechtigten gestützte Umgangseinschränkung setzt die Feststellung dieser Neigungen und eine damit verbundene konkrete Gefährdung des Kindeswohl voraus.

⁷² Palandt/Diederichsen (Fn. 3) § 1611 Rdnr. 5.

⁷³ OLG Hamm FamRZ 1995, 1439; vgl. hierzu Götz, Unterhalt für volljährige Kinder, Bielefeld 2007, S. 35.

I. Überblick

Es gibt eine steigende Anzahl von Menschen, die ein sehr hohes Lebensalter erreichen. Damit nimmt auch die Zahl der Pflegebedürftigen zu. Diese Pflege wird ganz überwiegend in der Familie geleistet, auch dem Wunsch der Pflegebedürftigen entsprechend, die die Pflege in der Familie einer Heimpflege zumeist vorziehen. Bei pflegebedürftigen, demenzkranken und in ihrer Bewegung und Kommunikation eingeschränkten alten Menschen nimmt aber auch die Verletzbarkeit zu und zugleich das Risiko einer Tatentdeckung ab. Krankheitsfolgen und Erscheinungen des Alterns lassen sich nicht immer klar von Symptomen der Misshandlung und Vernachlässigung unterscheiden. Schließlich ist der Tod eines alten Menschen – im Gegensatz zum Tod eines Kindes – etwas nicht völlig unerwartet Eintretendes und legt eine Tötung nicht in gleichem Maße nahe, wie bei einem Kind. Eine Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen kommt zu einer geschätzten Zahl von 600.000 Menschen in der Gruppe der 60 – 75jährigen, die jährlich in der Familie misshandelt werden, sei es durch körperliche Gewalt, Vernachlässigung, Medikamentenmissbrauch und – wenn auch in geringerem Maße – durch materielle Schädigung oder verbale Aggression.⁷⁴ Für die Gruppe der Hochaltrigen liegen verlässliche Zahlen – naturgemäß – nicht vor. Gewalt findet sich hier als Gewalt unter Partnern, aber sie findet sich auch als Gewalt, die von anderen Pflegepersonen in der Familie ausgeht.

Eine sehr häufige Ursache ist die Überlastung der Pflegenden, die oftmals an die Grenzen ihrer körperlichen und psychischen Belastbarkeit gelangen.⁷⁵ Eine Rolle spielt aber auch die Qualität der Beziehung vor Eintritt der Pflegebedürftigkeit, die psychische Verfassung oder aggressives Verhalten der zu pflegenden Person, die Situation der Ausweglosigkeit, eine Suchtmittelabhängigkeit oder soziale Isolation der Pflegeperson.⁷⁶ Unterstützung, Hilfen und Kontrollen sind nur unzureichend entwickelt – faktisch, wie auch rechtlich.

II. Lösungen im Familienrecht

Handelt es sich um Partnergewalt, bestehen die schon dargestellten Regelungsmöglichkeiten, in Betracht käme also eine Wohnungszuweisung nach § 1361 b Abs. 2 BGB. Bei Gewalt durch pflegende Angehörige findet sich die einzige bestehende

⁷⁴ Pfeiffer/Görgen/Höynck, Gewalt gegen alte Menschen – ein Thema für das Familienrecht? In: Brähler Schriften zum Familienrecht, Band 14, Bielefeld 2006, S. 29 (37).

⁷⁵ Zenz, Gewalt gegen alte Menschen – Daten, Fakten, Defizite in Forschung Frankfurt 2007, 111.

⁷⁶ Pfeiffer/Görgen/Höynck (Fn. 74) S. 29 (41).

Regelungsmöglichkeit im GewSchG, wobei – wie besprochen – sogar dessen Anwendung auf pflegebedürftige Angehörige nicht unstrittig ist. Aber eine effektive Lösung lässt sich durch diese Vorschriften nicht erreichen: Gerade hochaltrige Opfer familiärer Gewalt sind oftmals bereits nicht in der Lage, einen dementsprechenden Antrag zu stellen. Hinzu kommt, dass das dadurch erstrebte Ziel – die Trennung des Täters vom Opfer – für das gepflegte Opfer geradezu kontraproduktiv ist. Wie soll es die Wohnung denn alleine nutzen?

Die Gemeinsamkeit älterer Menschen mit Kindern liegt in der besonderen Verletzlichkeit und Abhängigkeit und der besonderen Bedeutung, die familiale Beziehungen deshalb haben. Das Familienrecht ist stark verflochten mit dem Sozialrecht und für Interdisziplinarität und sozialen Wandel auch immer offen. Es ist daher - weit besser als das Strafrecht oder das Betreuungsrecht - geeignet für Regelungen, die mit Gewalt gegen alte Menschen in Zusammenhang stehen.

Im Jahr 2005 hat sich der deutsche Familiengerichtstag im Rahmen eines Vortrags des Direktors des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen, Prof. Pfeiffer,⁷⁷ und eines von Prof. Zenz geleiteten Arbeitskreises⁷⁸ der Frage angenommen, wie derartige Regelungen und Maßnahmen zum Schutz hochaltriger Menschen gedacht werden könnten. Zwar können grundsätzlich durchaus Anregungen aus dem Kinderschutz übernommen werden, sie müssen aber berücksichtigen, dass bei erwachsenen Menschen – auch wenn sie hilfebedürftig und gefährdet sind – eine volle Autonomie zumindest einmal bestand. Sie haben ein Recht auf Selbstbestimmung, das auch das Recht auf Gefährdung einschließt. Und sie haben andere Kontinuitätsbedürfnisse als Kinder. Ein Kind lebt sich in einer Pflegefamilie schneller ein, als ein alter Mensch in einer neuen Pflegebeziehung. Kinder werden erzogen, nicht so die älteren Angehörigen, mit denen aber oftmals gewichtige ökonomische Verbindungen bestehen, von erbrechtlichen ganz abgesehen.

Der Vorstand des Familiengerichtstags hat ausgehend vom Ergebnis des Arbeitskreises den Gesetzgeber aufgefordert, für die zunehmende Zahl der überwiegend hochbetagten versorgungsabhängigen Menschen, die im häuslichen Bereich gepflegt werden, den verfassungsmäßig gebotenen Schutz vor Gewalt zu gewährleisten.⁷⁹ Familienrechtliche Ermittlungs-, Befriedungs- und auch Eingriffsmöglichkeiten müssen geschaffen werden, die aber zugleich dem Spannungsverhältnis zwischen Autonomie und Schutzbelangen mündiger alter Menschen Rechnung tragen. Inzwischen ist schon einiges geschehen, Gewalt gegen

⁷⁷ Pfeiffer/Görgen/Höyneck (Fn. 74) S. 29ff.

⁷⁸ Vgl. Ergebnisse des Arbeitskreis 15, Familiäre Gewalt im Alter, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 14, Bielefeld 2006, S. 155ff.

⁷⁹ Empfehlungen des Vorstands C VIII in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 14, Bielefeld 2006, S. 171 (175).

alte Menschen wird als Thema für das Familienrecht wahrgenommen und das Recht auf Gewaltfreiheit auch in der Pflege postuliert.⁸⁰ Gleichwohl bleibt bei der Durchsetzung dessen noch viel zu tun.

⁸⁰ Art. 2 der Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen.