

Dr. jur. Doris Kloster-Harz

Belgradstraße 43

80796 München

-Fachanwältin für Familienrecht mit Schwerpunkt Erbrecht-

Landtag Nordrhein-Westfalen 13. Wahlperiode Neudruck Zuschrift 13/845 alle Abg.
--

S t e l l u n g n a h m e

zur

öffentlichen Anhörung des Landtags

zum Thema „Häusliche Gewalt“

am 25. und 26. Oktober 2001

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung (Gewaltschutzgesetz)

I. Grundsätzliche Anmerkungen

Das Gesetz bietet in vielen Punkten eine gute und praxisorientierte Grundlage für den Umgang mit Gewalttaten, insbesondere im Bereich des Familienrechts. Zu begrüßen ist der Maßnahmenkatalog in § 1 I Nr. 1 bis 5 des Gesetzes, der dem Richter den Erlass konkreter Anordnungen ermöglicht. Inwieweit diese Auflagen immer praktikabel und durchsetzbar sind, wird die Praxis zeigen. Es stellt sich allerdings die Frage, ob das Gesetz unabhängig von der politischen Notwendigkeit auch juristisch und systematisch unbedingt erforderlich ist. Wir haben die allgemeinen Schutzanordnungen nach §§ 823, 1004 BGB sowie § 1361 b BGB und nach der Hausratsverordnung. Schwab¹ führt dazu aus, dass die Vermutung nahe liegt, dass der familienrechtlichen Praxis die allgemeinen zivilrechtlichen Schutzinstrumente nicht hinreichend bewusst sind. Daraus wird die Konsequenz gezogen, dass Bedarf für eine eigene Anspruchsgrundlage besteht, da § 1361 b BGB den Eheleuten nur eine eigene Anspruchsgrundlage für die Nutzungsbefugnis im Hinblick auf die Wohnung für den Fall des Getrenntlebens gibt.

Der Gesetzgeber muss sich allerdings fragen, ob nicht zunehmend die „Verbesserung“ zu einer „Verwässerung“ der Regelungen des BGB führt. Durch die Aufspaltung in einzelne Sondergesetze tritt eine rechtssystematisch nicht mehr zu vertretende Zersplitterung ein, mit der Konsequenz, dass die ausgezeichnete Systematik und das durchdachte System des BGB insgesamt ins Wanken gerät. (Die Behauptung einer fehlenden Rechtskenntnis der Praktiker sollte kein Grund für Gesetzesnovellen sein.)

II. Unbillige Härte/Problematik des unbestimmten Gesetzesbegriffs

Aus der Sicht des Praktikers führt jeder unbestimmte Gesetzesbegriff zu Rechtsunsicherheit. Die auf der Basis des geltenden Rechts durchgeführte Studie hat bereits gezeigt, dass die Auslegung des Begriffs der schweren² Härte durch die Familiengerichte sehr unterschiedlich gehandhabt wird und dass in Ballungszentren und Städten der Begriff eher im Sinne von unbilliger Härte ausgelegt wurde, während in

¹ Schwab, Zivilrechtliche Schutzmöglichkeiten bei häuslicher Gewalt, FamRZ 99, 1371 ff.

ländlichen Gebieten strengere Anforderungen gestellt wurden. Bei einer unterschiedlichen Rechtsauslegung und einem ähnlichen Gefälle mit Überraschungseffekten für den Anwalt und den Rechtssuchenden wird es auch bei der Anwendung und Auslegung des Begriffs der unbilligen Härte in der Praxis bleiben.

Der Begriff der Unbilligkeit (offenbar unbillig) findet sich bereits in § 319 BGB. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine solche offenbare Unbilligkeit vorliegt, wenn die Bestimmung in grober Weise gegen Treu und Glauben verstößt und sich die Unbilligkeit, wenn auch nicht jedermann, so doch jedem sachkundigen und unbefangenen Beobachter aufdrängt (BGH, NJW 58, 2067). Ein Verschulden eines Dritten ist nicht erforderlich, es genügt, dass die Bestimmung offenbar unbillig ist.

Orientierungsmöglichkeiten wird dieser Begriff in der Praxis im Zusammenhang mit der Wohnungszuweisung wenig bieten. Bei genauer Betrachtung ist der Fortschritt ein Rückgriff auf die Formulierung in § 3 I HausratsVO in der Fassung vom 21.10.1944. Dort war bereits ausgeführt, dass der Richter die Wohnung dem anderen Ehegatten zuweisen sollte, wenn dies notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden.

Offenbar hat der Gesetzgeber erkannt, dass diese Formulierung den Interessen von streitenden Paaren eher Rechnung trägt als der Begriff der schweren Härte, wie er in § 1361 b BGB in der jetzigen Fassung aufgenommen wurde. Die Wahl des Begriffs „unbillige Härte“ lässt größere Auslegungsspielräume zu, so dass der strenge Ausnahmecharakter der Formulierung in § 1361 b BGB („schwere Härte“) nivelliert wird. Eine schwere Härte war nur dann anzunehmen, wenn der Ehegatte, der aus der Wohnung vollständig hinausgewiesen werden sollte, in grob rücksichtsloser Weise durch erhebliche Belästigung das Wohnen für den anderen und die Kinder unerträglich macht. Es kam auf eine Gesamtabwägung der Umstände an. Unannehmlichkeiten und Belästigungen, wie sie im Zusammenhang mit einer in Auflösung befindlichen Ehe regelmäßig auftreten, waren nicht ausreichend. In der Tat erscheint dem Praktiker diese enge Formulierung nicht sachgerecht. Sie führt zu unnötigen nervenaufreibenden Streßsituationen für die gesamte Familie, insbesondere auch für Frauen und Kinder.

Die Rechtsprechungssammlung hierzu zeigt, dass es letztendlich immer auf die einzelrichterliche Wertung ankommt und nicht zuletzt auf das Darlegungsgeschick von Parteien und Anwälten. Diese Art von case law, wie sie sich bei der Rechtsprechung zu § 1361 b BGB gebildet hat, war für den Praktiker schwierig zu handhaben. Die Klientin, die

vor einem sitzt und wissen will, ob sie ihren Mann aus der Wohnung bekommt oder nicht. Sie ist mit dem Aufzählen der unwägbareren Rechtsprechung nicht zufrieden zu stellen. Die bisherige Gesetzeslage hat keine annehmbare Lebenswirklichkeit für das rechtssuchende Publikum geschaffen und auch nicht für die beratenden Rechtsanwälte. Es gibt bestimmte Situationen für die Mandanten, in denen sich der Anwalt nicht mit dem „Einerseits“ und „Andererseits“ in der Rechtsprechung herausreden kann, sondern in denen er den Mandanten rechtliche Gewissheit geben können muss und eine praktikable Lösung für sie tatsächlich auch bei Gericht durchsetzen können muss. Die Herabsetzung der Eingriffsschwelle durch die Gerichte durch die Wiedereinführung des Begriffs der unbilligen Härte ist daher zu begrüßen.

In den Grundzügen stellt sich die bisherige Rechtsprechung zum Ausfüllen des Begriffs der schweren Härte wie folgt dar:

Schwere körperliche Misshandlung der Familienmitglieder (*OLG Köln FamRZ 1996, 1220*), schwere Störungen des Familienlebens wegen Alkohol- und Drogenmissbrauchs (*OLG Celle FamRZ 1992, 676; OLG Karlsruhe FamRZ 1991, 1440; OLG Schleswig FamRZ 1991, 1301; OLG Koblenz FamRZ 1987, 852*), die Terrorisierung der Familie aufgrund einer psychischen Erkrankung (*OLG Hamm FamRZ 1997, 301*), die Ängstigung durch Morddrohungen (*OLG Karlsruhe FamRZ 1991, 1440*), die verbotene Eigenmacht gegenüber dem kranken Ehegatten (*OLG Hamm FamRZ 1996, 1441*), vgl. Kloster-Harz/Schmid, Ehewohnung, Partnerwohnung, Wohngemeinschaften, Rdn. 261 ff.

III. Beweissituation/Missbrauchsgefahr

1.

Das neue Gesetz bietet in der Praxis erhebliche Missbrauchsmöglichkeiten. Es ist zwar richtig, dass aus anwaltlicher Sicht der Nachweis der häuslichen Gewalt sehr häufig schwierig ist, gerade weil keine Zeugen vorhanden sind, wenn der Ehestreit eskaliert. Die Kinder sind häufig zu klein oder sollten nicht mit in diese Streitigkeiten einbezogen werden aus der Sicht gerade des von der Gewalt betroffenen Partners.

2.

Der Anwalt einer von Gewalt betroffenen Frau läuft immer das Risiko, dass der Richter dem Einwand des Mannes glaubt, der blaue Fleck am Oberarm rühre vom Fensterputzen

und nicht von seinem heftigen Zugriff. Mit dem berühmten Arzttest ist häufig nicht allzuviel anzufangen. Auch der Rat, die Mutter oder Freundin hinter der Gardine zu verstecken, um den nächsten tätlichen Ausfall des Ehepartners beweisen zu können, geht ins Leere und ist nicht praktikabel.

In der Praxis muss man sich gegen die Schwierigkeit der Beweislastsituation gelegentlich mit Tricks und anwaltlicher Erfahrung wehren. Wenn die rechtliche Situation aussichtslos ist, einen Partner aus der Wohnung zu bekommen, die Kinder und in der Regel die Ehefrau sehr unter der Anwesenheit eines widerwärtigen Ehemannes leiden, ist es durchaus legitim, mit der betroffenen Ehefrau darüber zu sprechen, ob sie nicht doch eine Möglichkeit sieht, ihren Mann wie ein „HB-Männchen“ an die Decke gehen zu lassen, weil sie ihn ja schließlich lange genug kennt und um seine Schwachstellen weiß und ihn durchaus provozieren kann - möglichst mit Zeugen in der Nähe. Aus dieser Zwangslage hilft die neue Formulierung des Gesetzes.

3.

Es birgt jedoch auch die Gefahr, dass es sich zum modernen „Hexenhammer“ gegen die Männer entwickelt: Besonders problematisch ist die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, die Vollstreckung aus Eilverfahren ohne weiteres zu wiederholen. Die Gefahr besteht, dass das Gewaltschutzgesetz in der Praxis eine ähnliche Missbrauchsfunktion erfahren kann wie der Vorwurf des sexuellen Missbrauchs beim Umgangs- und Sorgerecht. Denkbar ist durchaus die Situation, dass die Frau im Wege des Eilverfahrens eine vollstreckbare Anordnung über die Zuweisung der Ehewohnung zur alleinigen Nutzung erhält, ihrem Ehemann aber wieder gestattet, in die Wohnung einzuziehen und ihm dann aber ständig damit droht, dass sie ihn sofort wieder vor die Tür setzt, wenn er ihren Forderungen nach Wohlverhalten und mehr Haushaltsgeld usw. nicht nachkommt. Noch undurchdacht ist, dass aus einer einstweiligen im Eilverfahren erwirkten Anordnung wiederholt vollstreckt werden kann, in dem Moment aber, in dem die Hauptsache anhängig gemacht worden ist und ebenfalls obsiegend entschieden ist, keine wiederholte Vollstreckung aus dem Titel mehr möglich ist.

Hierzu ist in der Bundestagsdrucksache, Blatt 36 zu Absatz 4, ausgeführt:

„Wegen der Besonderheit der Konfliktlage sollte es der betroffenen Person selbst überlassen bleiben, zu entscheiden, ob und wann sie die Möglichkeit der Vollstreckung ausschöpfen will.“

Das ist zwar zum einen sachgerecht, bietet aber für den Antragsgegner ein unvorhersehbares ständiges Risiko. Der Versöhnung mit seiner Ehefrau kann der Ehemann nicht trauen. Er muss also selbst eine richterliche Aufhebung der Entscheidung herbeiführen zu seinem Schutz.

IV.

Die Regelung zu § 885 I ZPO lautet: „Der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner aufzufordern, eine Anschrift zum Zwecke von Zustellungen oder einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen.“ In dem Moment, in dem eine solche Aufforderung des Gerichtsvollziehers erfolgt, weiß natürlich der Ehemann, was ihm droht, so dass hier nach einer neuen Regelung gesucht werden sollte. Rechtsstaatlich bedenklich ist die Tatsache, dass aus der Eilverordnung die mehrfache Vollziehung während der Geltungsdauer möglich ist ohne erneute Zustellung an den Schuldner. Hier ist in der Praxis ein Katz-und-Maus-Spiel zwischen den sich streitenden Ehegatten zu befürchten. Wenn eine Frau tatsächlich Angst vor Gewalttaten ihres Mannes hat, wird sie froh sein, ihn einmal aus der Wohnung zu haben. Das Hin- und Herziehen und das Wiedergebrauchmachen von der einmal erwirkten Anordnung erscheint problematisch (auch im Hinblick auf die Paardynamik gerade bei Ehen, in denen Gewalt eine Rolle spielt).

V.

Auf rechtsstaatliche Bedenken stößt die Tatsache, dass der Verstoß gegen eine gerichtliche Schutzanordnung nach § 1 Gewaltschutzgesetz mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden kann. Es genügen die zivilrechtlichen Mittel, um die Bestandskraft der einstweiligen Anordnung zu bestätigen und aufrecht zu erhalten. Der Sprung ins Strafrecht, gerade bei einem Eilverfahren und damit einer vom Gericht nur überschlägig geprüften Ausgangssituation, erscheint unerträglich im Rahmen rechtsstaatlichen Vorgehens. Er verletzt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Neben den zivilrechtlichen Anordnungen ist ohnehin die Durchführung eines Strafverfahrens möglich. Dass eine im Eilverfahren erwirkte Anordnung, die nur kursorisch überprüft worden ist vom Richter und ohne mündliche Verhandlung ergangen sein kann und ohne dem Schuldner rechtliches Gehör zu gewähren sofort zu einer Strafbarkeit führen soll, wenn der Betroffene sich dagegen zur Wehr setzt, erscheint unverhältnismäßig und als

Verstoß gegen den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs. Allein mit dem Motiv, was der Zivilrichter bereits ermittelt habe, müsse der Strafrichter nicht noch einmal ermitteln und überprüfen, lässt sich diese Regelung nicht rechtfertigen. Besonders problematisch ist die Aufhebung der Trennung zwischen zivilrechtlichem Schutz und strafrechtlichem Schutz, gerade in den Fällen, in denen das Opfer den Täter wieder in die Wohnung aufnimmt und ihn wiederholt aufgrund des im Eilverfahren erwirkten Titels herauswerfen kann.

VI.

Wenig überzeugend ist die Vollstreckungsregelung für das neue Gesetz. Die Gerichtsvollzieher dürften von ihrer Funktion in diesem Verfahren überfordert sein. Gemäß § 892 a ZPO kann der Gerichtsvollzieher bei Widerstand des Schuldners Gewalt anwenden und sich dazu auch der Hilfe der Polizei bedienen. Letztendlich wird es bei der Erstmaßnahme auf die körperlichen Fähigkeiten des Gerichtsvollziehers und seiner persönlichen Art der Durchsetzung von einstweiligen Anordnungen ankommen. Die effektive Durchsetzung einer richterlichen Anordnung darf aber nicht davon abhängig sein, ob nun zufällig eine Gerichtsvollzieherin mit einer Größe von 1,50 m oder ein Gerichtsvollzieher mit einer Größe von 2,10 m zuständig ist für die Vollstreckung. In der Praxis dürften die Gerichtsvollzieher durch ihre neue Rolle überfordert sein. Wie ein Gerichtsvollzieher mit Gewalt die Aufnahme von telefonischen Kontakt unterbinden soll, ist nicht vorstellbar (Es sei denn, er reißt das Telefonkabel aus der Wand.). Ob die vorgesehenen Schulungsmaßnahmen für Gerichtsvollzieher hier ausreichen, ist zu bezweifeln. Daneben soll die normale Vollstreckung bei Erzwingung von Duldung und Unterlassung (Ordnungsgeld/ ggf. Ordnungshaft nach § 890 ZPO) bestehen bleiben.

VII.

Für die Kinder können sich die neuen Vorschriften als ausgesprochen schwierig erweisen bei der Durchführung des Umgangsrechts und beim Aufrechterhalten des Kontakts zum andern Elternteil. Der Streit zwischen den Eltern sollte sich nicht auf das Eltern-Kind-Verhältnis ausweiten oder gar zu Missbrauchsmöglichkeiten von Müttern oder Vätern führen, um den unliebsamen Elternteil aus der Eltern-Kind-Beziehung abzudrängen. Hier können die Möglichkeiten des begleiteten Umgangs ein ausreichendes Instrumentarium bieten, um dieser Gefahr vorzubeugen. Entscheidend ist die Gestaltung der Übergabe des Kindes bei der Ausübung des Umgangsrechts. In der Praxis, insbesondere in den Ballungszentren, gibt es bereits verschiedene Institutionen, die den begleiteten Umgang

durchführen. Allerdings erscheint die Problemlösung in einer Großstadt wie München wesentlich einfacher als in einem kleinen Ort, wo derartige Institutionen noch nicht vorhanden sind. Hier kann es Probleme geben.

VIII.

Zu begrüßen ist die Tatsache, dass hier deutsches Recht für anwendbar erklärt wird durch das Gesetz und die für die Praxis oft schwer entscheidbaren IPR-Fragen und der Streit über die Anwendbarkeit des deutschen Rechts gesetzlich geklärt ist.

IX.

Unter dem Gesichtspunkt des Schutzes, den Artikel 14 GG gewährt, sehe ich die Art, wie mit den Rechten des Vermieters umgegangen wird beim Gewaltschutzgesetz, als verfassungsrechtlich bedenklich an. Die Rechtsposition des Vermieters war bei der Regelung des § 1361 b BGB alter Fassung schon problematisch. Nachdem es hier aber unter Umständen zu längerfristigen Wohnungsüberlassungen und Wohnungszuweisungen durch das Gericht kommen kann, besteht ein Bedürfnis nach größerer Rechtsklarheit, um eine interessengerechte Lösung zwischen dem Nutzungsberechtigten Partner und dem Vermieter zu schaffen. In der Praxis sind vielfältige Fallgestaltungen denkbar, die zu einer Flut von widersprüchlicher Rechtsprechung führen werden: Welcher Partner hat den Mietvertrag unterzeichnet? Wer ist tatsächlich Vertragspartner geworden? Wer ist mit in den Vertrag aufgenommen worden? Wer ist leistungsfähig? An wen kann sich der Vermieter halten nach Wohnungszuweisung? Auf welche Weise wird der Vermieter überhaupt von einem solchen Eilverfahren oder Hauptsacheverfahren beteiligt? Wer informiert ihn? Woher weiß er, wer zwischenzeitlich sein Vertragspartner geworden ist durch richterliche Entscheidung? Wie wird seine Rechtsposition geschützt?

Die Ausführungen in der Drucksache 14/5429, Blatt 42, sind praxisfremd. Dort heißt es: *„Auch bei einer Räumungsklage des Vermieters ist das Verbleiben des Opfers in der Wohnung bis zum Ablauf der vom Gericht vorgesehenen Nutzungszeit sichergestellt: Nach § 721 ZPO kann das Gericht in den Fällen, in denen auf die Räumung der Wohnung erkannt wird, auf Antrag oder von Amts wegen eine angemessene Frist zur Räumung gewähren, die nach § 5 S. 1 bis zu einem Jahr betragen kann.“* Was wird aus der Rechtsposition des Vermieters, wenn - wie häufig - in der Trennungs- und Scheidungssituation aufgrund der Unterhaltszahlungen und der Anmietung von zwei

Wohnungen kein Partner mehr ausreichend leistungsfähig ist? Wann und wie kommt er zu seinem Geld bei einem durch die richterliche Entscheidung aufgedrängten Vertragspartner? In wievielen Fällen wird der Familienrichter in der Praxis von sich aus an die Funktion und Rolle des Vermieters in diesem Verfahren denken und ihn einbeziehen? Zumindest die verfahrensmäßige Beteiligung des Vermieters sollte gesetzlich vorgeschrieben werden, wenn eine Wohnungszuweisung an einen der Partner erfolgt.

In der Drucksache 14/5429, Blatt 38, zu Artikel 1 § 2 Nr. 4 Gewaltschutzgesetz, ist in der Stellungnahme des Bundesrates zurecht folgendes ausgeführt: *„Kündigt der Täter und Alleinmieter die Wohnung trotz eines bestehenden gerichtlichen Kündigungsverbotes, so ist diese Kündigung nur im Verhältnis zu der in der Wohnung verbleibenden Frau unwirksam. Gegenüber dem Vermieter ist das Mietverhältnis für den Täter beendet. Dies hat zur Folge, dass der Vermieter keinen Vertragspartner und damit auch keinen Mietschuldner mehr hat und die Verjährung für Ansprüche des Vermieters zu laufen beginnt. Es muss zur Klarstellung der Situation eingefügt werden, dass eine Kündigung des Mietverhältnisses oder der Verkauf/die Veräußerung der Wohnung durch den Verletzten unwirksam ist, um die Position des Eigentümers/Vermieters zu schützen.“* Es gibt nicht nur reiche Vermieter sondern auch Vermieter, die Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der Bank zu erfüllen haben und für die der Streit des Mieterpaares zum wirtschaftlichen Ruin werden kann. Hier ist die Verankerung des Schutzes des Vermieters/Eigentümers im Gesetz unbedingt erforderlich. Insoweit bietet sich eine Verweisung auf die Beteiligung von Vermieter und Grundstückseigentümer, wie sie in § 7 HausratsVO vorgesehen ist, an. Das gleiche gilt für Dienstwohnungen, vgl. §§ 7, 4 HausratsVO. Zur Informationspflicht des Dritten in Bezug auf den Schriftsatzwechsel sollte auf § 624 IV ZPO verwiesen werden. Wenn das Gericht in ein bestehendes Mietverhältnis eingreift oder ein neues Mietverhältnis zugunsten eines anderen Ehepartners begründet, kann von der Verweisungsmöglichkeit auf § 5 II HausratsVO Gebrauch gemacht werden.

Die Ausführung, die Kündigung sei ja nur im Verhältnis zu der in der Wohnung verbleibenden Ehefrau unwirksam, hat fatale Konsequenzen für einen Vermieter in einer solchen Situation, insbesondere wenn Kinder vorhanden sind und nicht absehbar ist, wie lange die Zuweisungsverlängerung gewährt wird, die das Verbleibendürfen der Frau in der Wohnung gewährleistet.

Ein weiteres Streitpotential sehe ich darin, wenn das Paar auf den Namen von einem oder beiden eine Wohnung angeschafft hat, ganz erheblich Zins- und Tilgungsleistungen zu erbringen sind und dies aufgrund der Trennungssituation wirtschaftlich nicht mehr vertretbar und möglich ist und das Gericht die wirtschaftlichen Gesichtspunkte im Rahmen der Billigkeitswertung nicht ausreichend berücksichtigt.

X. Rechtsanwaltskosten

Abschließend noch folgender Hinweis:

Rechtsanwälte verdienen nicht schlecht. Ob aber ihre Motivation, Eilverfahren nach dem Gewaltschutzgesetz durchzuführen, besonders hoch ist, wenn der Gesetzgeber den Gebührentatbestand für ihre Honorierung vergessen hat, wage ich zu bezweifeln: § 621 g ZPO (einstweilige Anordnung) muss in § 41 I BRAGO mit aufgenommen werden, da ansonsten keine gebührenrechtliche Grundlage für eine Abrechnung des Anwalts besteht.

Dr. Doris Kloster-Harz

Fachanwältin für Familienrecht