

ließen eine so weit reichende Kompetenz der Polizei derzeit nur in beschränktem Umfang zu. „Wir Liberale wollen einen besseren Schutz vor häuslicher Gewalt und müssen dazu aber auch saubere gesetzliche Regelungen schaffen“, sagten *Goll* und *Hahn*.

Der baden-württembergische Justizminister betonte, dass in einem einjährigen Modellversuch in seinem Bundesland äußerst positive Erfahrungen gemacht wurden. „In dem Modellversuch hat die Polizei in den landesweit 86 teilnehmenden Städten und Gemeinden insgesamt 803 häusliche Gewalttäter vor die Tür gesetzt. Ihnen wurde Hausverbot erteilt und teilweise die Wohnungsschlüssel abgenommen. Baden-Württemberg hat damit Neuland beschritten und eine bundesweite Vorreiterrolle beim Schutz von Gewaltopfern übernommen. Die Auswertung zeigt, dass wir mit diesem so genannten Platzverweisverfahren die Gewalt im häuslichen Bereich wirksam bekämpfen können. Deshalb werden wir es landesweit einführen“, sagte *Goll*.

Während der Pilotphase seien in den Modellstädten 2.608 Streifenwageneinsätze wegen häuslicher Gewalt erforderlich gewesen, erläuterte Minister *Goll*. „In rund 30 Prozent der Fälle haben die Polizeibeamten die Gefahr weiterer tätlicher Auseinandersetzungen gesehen und dem Täter die ‚Rote Karte‘ gezeigt.“ In 75 Prozent der Fälle sei ein Hausverbot von bis zu zwei Wochen erteilt worden. Dies mache deutlich, dass die Polizei die Wegweisung sehr sorgfältig prüfe und einsetze. ‚Rote Karten‘ würden in Anbetracht der Eingriffe in die grundrechtlich geschützten Freiheits-, Persönlichkeits- und Eigentumsrechte der Täter nicht leichtfertig erteilt.

In fast 80 Prozent der Fälle, in denen ein längerfristiger Platzverweis ausgesprochen wurde, seien Kinder mit betroffen gewesen, stellte *Goll* fest. Studien würden belegen, dass Männer, die in ihrer Kindheit Gewalt erlebt haben, als Erwachsene eher dazu neigen, Konflikte mit Gewalt zu lösen. „Gewalt überträgt sich von einer Generation auf die nächste. Wir müssen diesen Teufelskreis der Gewalt in unserer Gesellschaft durchbrechen. Die Bekämpfung von Gewalt im häuslichen Bereich hat daher auch einen wichtigen präventiven Charakter“, sagte der baden-württembergische Justizminister.

Für eine direkte Einführung einer spezialgesetzlichen Regelung in das hessische Polizeigesetz plädierte der hessische Fraktionsvorsitzende *Hahn*. Er zählte auf, dass bereits in den Bundesländern Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern und Bremen eine entsprechende Norm geschaffen worden sei. „Wir brauchen dann in Hessen nicht noch einen Testlauf, sondern können uns auf die hervorragende Auswertung des Modellversuchs der Kollegen in Baden-Württemberg verlassen. Einer direkten und zügigen Umsetzung steht nichts im Wege“, so *Hahn*. *Hahn*, der auch innenpolitischer Sprecher seiner Fraktion ist, erläuterte, dass die Generalklausel des Polizeigesetzes sich zwar als tragfähige Grundlage für den Modellversuch erwiesen habe.

Dennoch sprachen sich beide liberalen Politiker für eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Platzverweisverfahrens aus: „Da muss absolute Rechtssicherheit geschaffen werden, denn der Platzverweis greift in grundgesetzlich geschützte Rechtsgüter ein“, so *Hahn*. *Hahn* erläuterte, dass dies Artikel 6 (Schutz von Ehe und Familie), Artikel 13 (Unverletzlichkeit der Wohnung) und Artikel 11 (Freizügigkeit) des Grundgesetzes betreffe. Voraussetzung für den Erlass eines Platzverweises sei, dass die Gefahr weiterer Gewaltausübung besteht und die Wegweisung des Täters ein geeignetes Mittel zur Abwehr dieser Gefahr ist.

„Der Platzverweis ist keine isolierte polizeiliche Intervention“, betonte *Hahn* und sagte weiter: „Ihm liegt eine weitergehende Gesamtkonzeption zu Grunde. So ist es entscheidend, dass das polizeiliche Vorgehen von einer Beratung

der Opfer und des jeweiligen Täters flankiert wird. Die Staatsanwaltschaften leiten Ermittlungen ein und gegebenenfalls werden die Familiengerichte sowie kommunale und soziale Einrichtungen tätig. Das macht eine örtliche Abstimmung und Koordinierung erforderlich.“

Dass eine solche Maßnahme auch in Hessen dringend geboten sei, ergibt sich für *Hahn* an Hand der Anzahl der Opfer, die vorübergehend Zuflucht in Frauenhäusern suchen. „Das sind jährlich in Hessen rund 2.200 Frauen und ebenso viele Kinder. Dabei kann es nicht sein, dass die Opfer die Wohnung verlassen müssen und die Täter weitgehend unbehelligt bleiben“, so *Hahn*. Gleichwohl warnte *Hahn* vor der Einschätzung, der Platzverweis für häusliche Gewalttäter könne Frauenhäuser überflüssig machen.

Abschließend betonten *Goll* und *Hahn* noch einmal die Bedeutung der föderalen Zusammenarbeit. „Wenn ein Modellversuch in einem Bundesland erfolgreich durchgeführt wurde, kann das Ergebnis ohne langwierige weitere Prüfung direkt von einem anderen Bundesland, das an einer solchen Regelung interessiert ist, übernommen werden. Wir Liberale sind für Wettbewerb immer zu haben, aber auch die zügige Übernahme sachlich fundierter Ergebnisse ist ein Kernpunkt liberaler Politik“, so *Goll* und *Hahn*.

Mitteilung von *Dr. Andreas Singer*, Pressesprecher des Justizministeriums Baden-Württemberg, vom 14. 1. 2002

## Aufsätze

### Das neue Gewaltschutzgesetz

**Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung (BGBl. 2001, 3513, in Kraft getreten am 1. 1. 2002) – Gewaltschutzgesetz**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht  
*Dr. Lothar Müller*, Rastatt

#### I. Allgemeines

**Gewalt** im häuslichen Bereich ist ein seit langem bekanntes alltägliches gesellschaftliches Phänomen in allen sozialen Schichten. Dabei ist mit Gewaltanwendung nicht allein körperliche Misshandlung gemeint, sondern **in einem umfassenden Sinn** jede direkte oder indirekte physische oder psychische Einwirkung, gerichtet gegen eine andere Person.

Das erschreckende Ausmaß von Gewaltfällen in der Familie und im sozialen Nahbereich hat sich durch die verschiedenen rechtstatsächlichen Untersuchungen im Zusammenhang mit dem Gesetzesvorhaben bestätigt<sup>1</sup>.

Durch das Gewaltschutzgesetz soll dem Bedürfnis nach Verbesserung des Schutzes vor Gewalttaten und Nachstellungen Rechnung getragen werden. Das einschlägige Verfahrensrecht und Vollstreckungsrecht soll zu einer Verbesserung und schnelleren Umsetzung gerichtlicher Entscheidungen führen. Schließlich soll durch die Strafbewehrung gerichtlicher Schutzanordnungen deren effektive Durchsetzung gewährleistet werden<sup>2</sup>.

Durch die gleichzeitige Neufassung des § 1361 b BGB und ebenso von § 14 LPartG sollte die Zuweisung der Ehewohnung und der Partnerschaftswohnung erleichtert werden.

<sup>1</sup> BT-Drucks. 14/5429, 18 und die dortige Fn.; *van Els*, ZfJ 2001, 83, 84; *Schumacher*, FamRZ 2001, 953.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 14/5429, 2.

## II. Das Gewaltschutzgesetz im engeren Sinn (Art. 1)

Zum Verständnis des Gesetzes ist es wichtig, dass es sich nicht um ein speziell familienrechtliches Gesetz handelt; vielmehr geht es um Gewaltprävention im Allgemeinen, allerdings auch unter Einschluss der Gewalt in Familien und sonstigem Nahebereich<sup>3</sup>.

### 1. Schutzmaßnahmen gegen Gewalt und unzumutbare Belästigungen (§ 1)

#### a) Geschützter Personenkreis

Die Vorschrift gilt grundsätzlich für **jede Person**, ohne Rücksicht auf eine familiäre, häusliche oder sonstige soziale Bindung<sup>4</sup>.

Nach § 3 Abs. 1 GewSchG sind von dem Schutzbereich des § 1 GewSchG, aber auch des § 2 GewSchG, ausdrücklich minderjährige Kinder und Personen, die unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehen, ausgeschlossen. Geschützt sind diese Personen nur, wenn die Gewalteinwirkung von einem Dritten, der nicht sorgeberechtigt oder Vormund oder Betreuer ist, ausgeht<sup>5</sup>.

#### b) Tatbestände

##### aa) Gewalttaten

Erfasst sind nur **vorsätzliche Gewalttaten**, die zu einer Verletzung von Körper, Gesundheit oder Freiheit führen. Unter Verletzung des Körpers oder der Gesundheit können auch durch psychische Gewalt ausgelöste Schäden fallen, wenn diese Gewalt eine solche Intensität erreicht hat, dass sie zu psychischen Gesundheitsschäden führt<sup>6</sup>.

##### bb) Drohungen

Auch im Falle der vorsätzlichen und widerrechtlichen Drohung mit einer Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit, können Schutzmaßnahmen angeordnet werden. Dabei ist es unerheblich, ob der Täter die Drohung ernst gemeint hat; allein entscheidend ist, wie das Opfer die Drohung aufgefasst hat.

##### cc) Belästigungen und Nachstellungen

Neben dem Fall der Drohung ist ein zweiter wichtiger Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geregelt, nämlich der **Schutz vor unzumutbaren Belästigungen** in der Form von Verletzungen des Hausrechts, wiederholten Nachstellungen oder Verfolgungen mit Telekommunikationsmitteln.

Die vom Gericht anzuordnenden Maßnahmen sollen davor schützen, dass eine Person gegen ihren ausdrücklich erklärten Willen dadurch unzumutbar belästigt wird, dass ihr nachgestellt wird.

Dabei werden eine **Vielzahl von Verhaltensweisen** erfasst, z. B. die wiederholte Überwachung oder Beobachtung einer Person, die ständige demonstrative Anwesenheit des Täters in der Nähe, die „körperliche“ Verfolgung, die Annäherung, Kontaktversuche sowie Telefonterror. Erfasst werden auch Belästigungen durch Hinterlassung von Mitteilungen unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln, wie Telefax, Internet oder Mobiltelefon<sup>7</sup>.

Voraussetzung für gerichtliche Schutzanordnungen ist allerdings, dass die belästigte Person gegenüber dem Täter ausdrücklich erklärt, die inkriminierte Handlung nicht zu wollen. Eine unzumutbare Belästigung im Sinne dieser Vorschrift ist allerdings nicht gegeben, wenn die Handlung der Wahrnehmung berechtigter Interessen dient<sup>8</sup>.

#### c) Tatbegehung

Erfasst werden nur **vorsätzliche Begehungsweisen**, wobei allerdings „dolus eventualis“ ausreicht.

Der Opferschutz besteht grundsätzlich und uneingeschränkt auch dann, wenn sich der Täter durch den Konsum von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln in einen vorübergehenden Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzt hat (§ 1 Abs. 3 GewSchG).

Ist es zu einer Gewalttat gekommen, spricht eine **tatsächliche Vermutung für weitere Beeinträchtigungen**. Demzufolge obliegt dem Täter die Beweislast, die Wiederholungsvermutung zu widerlegen, wobei an eine solche Widerlegung hohe Anforderungen gestellt werden<sup>9</sup>.

#### e) Gerichtliche Maßnahmen

§ 1 GewSchG eröffnet dem Gericht die Möglichkeit, zum Schutze des Opfers in Bezug auf den Täter Maßnahmen zu treffen, die es für erforderlich hält, um weitere Verletzungen abzuwenden.

§ 1 S. 3 GewSchG enthält eine **beispielhafte Aufzählung** – der Maßnahmenkatalog ist nicht abschließend.

So kann das Gericht z. B. ein Betretungsverbot bezogen auf die Wohnung des Opfers aussprechen, wobei dies insbesondere in Verbindung mit einer Entscheidung nach § 2 GewSchG in Betracht kommt.

Das Gericht kann des Weiteren dem Täter verbieten, sich in einem bestimmten Umkreis der Wohnung der verletzten Person aufzuhalten („Bannmeile“).

Dem Täter kann weiterhin untersagt werden, bestimmte – auch öffentlich zugängliche Orte – aufzusuchen, in denen sich das Opfer regelmäßig aufhält (z. B. Arbeitsstelle, Kindergarten, Spielplatz, Sportstätten).

In Nr. 4 ist die Verhängung eines Kontaktverbotes jeglicher Art vorgesehen, unter Einschluss aller Kommunikationsmittel (Telefon, Telefax, Mobiltelefon, Internet oder E-Mail).

Nach Ziff. 5 kann das Verbot eines Zusammentreffens mit dem Opfer ausgesprochen werden. So kann z. B. angeordnet werden, dass der Täter unverzüglich einen bestimmten Abstand vom Opfer einzuhalten hat, wenn es zu einem zufälligen Zusammentreffen kommen sollte<sup>10</sup>.

Voraussetzung für ein Tätigwerden des Gericht ist – außer einem Antrag des Opfers – das Vorliegen einer materiellen Anspruchsgrundlage gem. §§ 823, 1004 BGB.

Aus § 1 GewSchG ergibt sich keine materiellrechtliche Anspruchsgrundlage. Vielmehr ist das Gesetz als verfahrensrechtliche Regelung zur Durchsetzung materiellrechtlicher Unterlassungsansprüche konzipiert<sup>11</sup>.

#### f) Einschränkungen

Da die Möglichkeit eröffnet ist, in – auch grundrechtlich geschützte – Rechtspositionen des Täters einzugreifen, ist bei allen zu treffenden Anordnungen der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu beachten. Es dürfen nur die zur Abwendung weiterer Verletzungen erforderlichen Maßnahmen getroffen werden.

Demzufolge sind die Anordnungen **grundsätzlich zu befristen**, auch wenn diese Frist ggf. auch mehrmalig verlängert werden kann.

Zu berücksichtigen sind auch **berechtigte Interessen des Täters** selbst.

In diesem Zusammenhang ist das Problem der Aufrechterhaltung des Kontakts und die Fortsetzung des Umgangs

3 Schwab, FamRZ 2002, 1, 2.

4 van Els, ZfJ 2001, 83, 84; Klein, FuR 2002, 1.

5 van Els, ZfJ 2001, 83, 84.

6 BT-Drucks. 14/5429, 40.

7 BT-Drucks. 14/5429, 68; Schwab, FamRZ 2002, 1, 3.

8 In der Begründung des Gesetzentwurfs wird nicht erläutert, wann dies der Fall sein soll.

9 BayOLG NJW-RR 1987, 463.

10 BT-Drucks. 14/5429, 67.

11 Schumacher, FamRZ 2001, 953, 955; Schwab, FamRZ 2002, 1, 2.

zwischen dem Täter einerseits und gemeinsamen Kindern andererseits von besonderer Wichtigkeit.

Die zu treffenden Schutzanordnungen sind so auszugestalten, dass das Schutzbedürfnis des Opfers und das Recht des Kindes auf Umgang mit dem anderen Elternteil, der Täter ist, ebenso wie dessen Recht (und Pflicht) auf Ausübung des Umgangs gewahrt werden<sup>12</sup>.

## 2. Wohnungsüberlassung bei Gewalt und Drohungen (§ 2 GewSchG)

### a) Anwendungsbereich

Während § 1 GewSchG verfahrensrechtlicher Natur ist und dem Gericht die Befugnis zum Erlass von Schutzanordnungen eröffnet, begründet § 2 GewSchG einen **materiell-rechtlichen Anspruch** auf Überlassung einer gemeinsam genutzten Wohnung.

Voraussetzung ist, dass Täter und Opfer zum Zeitpunkt der Tat einen auf **Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt** geführt haben. Einbezogen sind damit Gemeinschaften beliebiger Art, ohne dass eine familiäre Verbindung zwischen ihnen notwendig ist. Der Begriff „gemeinsamer Haushalt“ ist dem Mietrechtsreformgesetz vom 7. 7.2001 entnommen<sup>13</sup>.

### b) Anspruchsvoraussetzungen

Im Falle einer Gewalttat ist der Anspruch auf Überlassung der Wohnung im Ganzen zur alleinigen Benutzung ohne weitere Darlegung begründet. Im Falle der Drohung mit einer Gewalttat ist weitere Voraussetzung der Überlassung, dass diese erforderlich ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden. Dabei ist der Begriff der unbilligen Härte identisch mit dem in § 1361 b BGB jetzt normierten Begriff.

Das Gesetz verweist dabei insbesondere auf das Wohl von im Haushalt lebenden Kindern.

### c) Befristung

Sind Täter und Opfer an der Wohnung gemeinsam berechtigt, gleichgültig ob dinglich oder schuldrechtlich (als Miteigentümer oder Mitmieter), ist die Nutzungsdauer zu befristen, wobei allerdings eine Höchstfrist nicht vorgesehen ist<sup>14</sup>.

Ist allerdings der Täter allein oder mit einem Dritten Berechtigter der Wohnung, ist also das Opfer weder dinglich noch schuldrechtlich an der Wohnung mitberechtigt, ist die Wohnungsüberlassung auf die Dauer von 6 Monaten zu befristen, wobei diese Frist nochmals um bis zu weitere 6 Monate verlängert werden kann, was allerdings nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt<sup>15</sup>.

Im Hinblick darauf, dass auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen eines – an Gewaltanwendung oder Drohung – letztendlich gar nicht beteiligten Dritten überhaupt keine Rücksicht genommen werden muss, bestehen zumindest gegen die sehr lange Fristenregelung nicht unerhebliche Bedenken<sup>16</sup>.

### d) Ausschluss des Anspruchs

In § 2 Abs. 3 GewSchG sind – abschließend – drei Fälle geregelt, in denen der Anspruch auf Wohnungsüberlassung, sowohl im Falle einer erfolgten Gewalttat als auch im Falle der Drohung mit einer Gewalttat ausgeschlossen ist.

#### aa) Fehlende Wiederholungsgefahr

Gelingt es dem Täter, die Vermutung der Wiederholung einer Gewalttat oder Drohung zu widerlegen, ist eine Wohnungszuweisung nur dann möglich, wenn dem Opfer wegen der Schwere der Tat ein weiteres Zusammenleben in der bisher gemeinsam genutzten Wohnung nicht zugemutet

werden kann, also z. B. bei schwerer Körperverletzung, Vergewaltigung oder versuchtem Tötungsdelikt<sup>17</sup>.

#### bb) Fristablauf

Der Überlassungsanspruch ist ebenfalls ausgeschlossen, wenn das Opfer nicht binnen einer **Frist von 3 Monaten** nach der Gewalttat oder der Drohung die Überlassung der Wohnung **schriftlich** vom Täter verlangt hat. Damit soll innerhalb eines angemessenen Zeitraums Klarheit über die Nutzungsbefugnis hinsichtlich der Wohnung geschaffen werden.

Hierin liegen aber nicht unerhebliche Gefahren für das Opfer, die zum Verlust des Anspruchs führen. Zum einen kann das Opfer auf Grund erlittener Verletzungen oder aus Gründen sonstiger Erkrankung nicht in der Lage sein, den Überlassungsanspruch anzumelden. Dasselbe Problem ergibt sich, wenn das Opfer zwar in der Wohnung verbleiben konnte, jedoch der Aufenthalt des Täters unbekannt ist, so dass ihm die schriftliche Mitteilung nicht zugestellt werden kann.

Probleme zu Lasten des Opfers können sich auch dann ergeben, wenn der Zeitpunkt der Tat oder der ausgesprochenen Drohung streitig ist, und damit die Einhaltung der 3-Monats-Frist, oder wenn der Täter den Zugang der schriftlichen Erklärung des Opfers bestreitet und der Zugang nicht (etwa durch Gerichtsvollzieherzustellung) nachgewiesen werden kann. Der Anspruch ist aber auch dann ausgeschlossen, wenn die Erklärung des Opfers unterbleibt, ganz einfach etwa aus Unkenntnis der Rechtslage.

#### cc) Belange des Täters

Ein weiterer Ausschlussstatbestand ist dann gegeben, wenn besonders schwer wiegende Belange des Täters der Überlassung der Wohnung an das Opfers entgegenstehen, z. B. im Falle einer Behinderung oder im Falle einer schweren Erkrankung des Täters, auf Grund deren er auf die gemeinsam genutzte Wohnung angewiesen ist.

In einem solchen Fall kann allerdings auch eine Aufteilung der Wohnung oder ein befristeter Ausschluss des Anspruchs denkbar sein<sup>18</sup>.

#### e) Flankierende Maßnahmen

Hat das Gericht zu Gunsten des Opfers die Wohnungsüberlassung angeordnet, hat der Täter alles unterlassen, was die Ausübung dieses Nutzungsrechts erschweren oder vereiteln könnte (§ 2 Abs. 4 GewSchG).

Hieraus ergibt sich für das Gericht die Möglichkeit, entsprechende flankierende Maßnahmen, ggf. auch im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 621 g ZPO anzuordnen. So kann das Gericht z. B. dem Täter **untersagen**, das Mietverhältnis **zu kündigen**, solange das Nutzungsrecht des Opfers besteht<sup>19</sup>. In Betracht kommen auch auf § 1 GewSchG gestützte Kontakt-, Näherungs- und Belästigungsverbote gegen den Täter.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu die Vorschläge bei *Ehinger*, FPR 2001, 280; *Wurdak und Rahn*, FPR 2001, 275.

<sup>13</sup> *van Els*, ZfJ 2001, 83, 85; *Peschel-Gutzeit*, FuR 2001, 243, 244; *Schumacher*, FamRZ 2001, 953, 955; BT-Drucks. 14/5429, 71; BT-Drucks. 14/5479, 71.

<sup>14</sup> BT-Drucks. 14/5429, 74.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 14/5429, 72.

<sup>16</sup> In diesem Zusammenhang hat bereits *Brudermüller*, FF 2000, 156, 157 auf erhebliche Bedenken hingewiesen, ebenso *Schwab*, FamRZ 2002, 1, 3.

<sup>17</sup> BT-Drucks. 14/5429, 73; *Schumacher*, FamRZ 2001, 953, 956; *van Els*, ZfJ 2001, 83, 85.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 14/5429, 73, 74; *Schumacher*, FamRZ 2001, 953, 956; *van Els*, ZfJ 2001, 83, 85; *Klein*, FuR 2002, 1, 3.

<sup>19</sup> *Schumacher*, FamRZ 2001, 953, 956.

## f) Nutzungsvergütung

Entsprechend der Parallelvorschrift des § 1361 b Abs. 3 S. 2 BGB ist in § 2 Abs. 5 GewSchG als „Gegenleistung“ für die Nutzung der Wohnung eine Verpflichtung zur Zahlung einer Vergütung an den Täter normiert, soweit dies der Billigkeit entspricht.

Hieraus kann sich eine nicht unerhebliche Benachteiligung des Täters ergeben, der die Wohnung verlassen muss, jedoch auf Grund des bestehenden Mietverhältnisses weiterhin zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet bleibt. Ist er Allein- oder Miteigentümer der Wohnung, verliert er durch die Wohnungsüberlassung auch den wirtschaftlichen Wert des Wohnens im eigenen Haus, während die zuzubilligende Nutzungsvergütung etwa wegen fehlender finanzieller Mittel des geschädigten Partners sehr zweifelhaft sein kann<sup>20</sup>.

## 3. Konkurrenzen

In § 3 Abs. 2 GewSchG ist geregelt, dass weiter gehende Ansprüche des Opfers durch dieses Gesetz nicht berührt werden. Dies gilt insbesondere für **Schadensersatzansprüche aus § 823 BGB**, etwa wegen Verletzung des Eigentums, Ersatz von ärztlichen Behandlungskosten und Medikamenten oder auch alle Ansprüche aus Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sonstige durch § 823 BGB geschützte Rechtsgüter.

Bei Gewalttaten hat aber auch der Anspruch auf Zahlung von **Schmerzensgeld** nach § 847 BGB besondere Bedeutung. Vorbehalten bleiben natürlich auch Schadensersatzansprüche bei fahrlässiger Begehungsweise.

Auch Eheleute und eingetragene Lebenspartner können sich auf § 2 GewSchG berufen und einen Wohnungsüberlassungsanspruch auf § 2 GewSchG stützen, wenn und solange bei keinem von ihnen eine Trennungsabsicht gegeben ist. Liegt Trennungsabsicht vor, ist allerdings **§ 1361 b BGB** für Eheleute und **§ 14 LPartG** für eingetragene Lebenspartner jeweils *lex specialis* gegenüber § 2 GewSchG.

## 4. Strafvorschriften (§ 4 GewSchG)

Hat das Gericht Schutzmaßnahmen angeordnet, kann der Täter im Falle des Verstoßes nach § 4 GewSchG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe bestraft werden. Die Strafverfolgung nach anderen Vorschriften bleibt unberührt.

Für die Fälle der unzumutbaren Belästigungen, des so genannten „stalking“<sup>21</sup> wird damit eine Strafbarkeitslücke geschlossen, da bisher „bloße Belästigungen“ strafrechtlich nicht erfasst sind<sup>22</sup>.

Die Strafverfolgung ist nicht von der Stellung eines Strafantrages der verletzten Person abhängig; es gilt demzufolge das **Legalitätsprinzip**<sup>23</sup>.

Allerdings ist der Strafrichter gehalten, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Tat sowie die Schuld des Täters zu überprüfen und festzustellen.

In diesem Zusammenhang ist auch die Rechtmäßigkeit der zivilgerichtlichen Anordnung selbst durch das Strafgericht zu überprüfen. Falls dies verneint wird, führt dies zum Freispruch im Strafprozess; gleichwohl bleibt eine vom Zivilrichter angeordnete Schutzmaßnahme weiter bestehen<sup>24</sup>.

## II. Das gerichtliche Verfahren nach dem GewSchG

### 1. Zuständigkeit

a) Die Verfahren nach dem Gewaltschutzgesetz (§ 1 Schutzmaßnahmen und § 2 Wohnungsüberlassung) sind den **Familiengerichten** als Familiensachen ausschließlich zugewiesen, wenn die Parteien zur Zeit der Antragstellung oder innerhalb von 6 Monaten vor Antragstellung einen **auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt** führen bzw. ge-

führt haben. In allen anderen Fällen sind die Zivilabteilungen des AG oder des LG (je nach Streitwert) zuständig<sup>25</sup>.

b) Allerdings ist bereits die Feststellung der Zuständigkeit problematisch. Streit wird es geben über die Frage, was unter dem Begriff des „auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalts“ zu verstehen ist<sup>26</sup>. Des Weiteren wird im konkreten Fall darüber gestritten werden können, ob die für die Zuständigkeit vorausgesetzte Frist von 6 Monaten eingehalten ist, wenn zum Zeitpunkt der Antragstellung der gemeinsame Haushalt nicht mehr besteht.

c) Andererseits ist die Zuständigkeit des Familiengerichts für Streitigkeiten unter Eheleuten nach dem GewSchG nicht eröffnet, wenn sie länger als 6 Monate keinen gemeinsamen Haushalt mehr geführt haben.

Ebenso unglücklich ist die Tatsache, dass bei Zuständigkeit des Familiengerichts die Geltendmachung von Schadensersatz- oder Schmerzensgeldansprüchen auf Grund desselben Sachverhalts gesondert bei der allgemeinen Prozessabteilung des AG bzw. LG erfolgen muss, während im Falle der Zuständigkeit der Zivilabteilung gem. § 260 ZPO auch die weiter gehenden Ansprüche gleichzeitig in demselben Verfahren geltend gemacht werden können.

Der Gesetzgeber hat hier bewusst eine Rechtswegspaltung herbeigeführt, die nicht überzeugen kann<sup>27</sup>.

## 2. Verfahrensvorschriften

### a) Hauptsacheverfahren

Das Verfahren beim **Familiengericht** richtet sich nach den Vorschriften des **FGG**.

Für die Verfahren vor den **allgemeinen Prozessabteilungen** des AG oder des LG gilt dagegen die **ZPO**.

Die Unterschiede sind gravierend.

Beim Familiengericht reicht ein verfahrenseinleitender Antrag ohne konkrete Antragstellung; der Familienrichter hat von Amts wegen den Sachverhalt zu ermitteln. Im ZPO-Verfahren erfordert § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO eine konkrete Antragstellung, an welche der Richter gem. § 308 Abs. 1 ZPO gebunden ist.

Bedeutsam sind die Unterschiede bei der Kostenentscheidung. Im FGG-Verfahren gilt § 13 a FGG, im ZPO-Verfahren gelten dagegen die §§ 91 ff. ZPO.

Unterschiede ergeben sich schließlich bei den Rechtsmitteln. Während gegen die Entscheidung des Familienrichters das Rechtsmittel der befristeten Beschwerde zum OLG eröffnet ist, ist gegen die Urteile der Zivilabteilungen des AG oder LG die Berufung zum LG oder zum OLG zulässig,

20 Schumacher, FamRZ 2001, 953, 956; Bruder Müller, FF 2000, 156, 15.

21 Aus der englischen Jägersprache: Heranpirschen, Nachstellen.

22 Schumacher, FamRZ 2001, 953, 956.

23 Mit diesem Straftatbestand im GewSchG ist der Gesetzgeber m. E. weit über das Ziel des berechtigten Gewaltschutzes hinausgegangen. Denn an erster Stelle steht bei den verletzten Personen der Wunsch nach Schutz vor weiterer Gewalt. Der Wunsch nach Bestrafung des Täters ist zweitrangig. Wichtig ist eine schnelle räumliche Trennung (Diederich, Neue Justiz 2000, 225, 226); siehe auch Abschlussbericht der Interministeriellen Arbeitsgruppe Baden-Württemberg zum Modellversuch „Platzverweis in Fällen häuslicher Gewalt“ 2001, S. 37-40 bzw. Pressemitteilung in diesem Heft, S. 42 f..

24 BT-Drucks. 14/5429, 76 (von besonderer Wichtigkeit ist die Überprüfung bei Beschlüssen oder Urteilen auf Grund einer Säumnis des AGg/Bekl).

Das Auseinanderfallen von zivilgerichtlicher und strafgerichtlicher Feststellung ein und desselben Sachverhalts wird dann geradezu unerträglich, wenn etwa der Zivilrichter auf Grund einer von ihm festgestellten Gewalttat eine Wohnungszuweisung nach § 2 GewSchG angeordnet hat, während der Strafrichter das Vorliegen einer solchen, dieser Wohnungszuweisung zu Grunde liegenden Gewalttat verneint.

25 Schwab spricht hier zu Recht von einer weiteren, für das Familienverständnis des Gesetzgebers bezeichnenden Expansion der Zuständigkeit der Familiengerichte und erklärt, man könne insoweit lakonisch von „Haushaltssachen“ sprechen – Schwab, FamRZ 2002, 1, 3.

26 Schwab, FamRZ 2002, 1, 3.

27 Bruder Müller, FF 2000, 156, 158; DAV FF 2000, 162; Schwab, FamRZ 2002, 1, 3; van Els, ZfJ 2001, 83, 86.

wobei die Vorschriften §§ 511 ff. ZPO zur Anwendung kommen.

### b) Vorläufiger Rechtsschutz

In den FGG-Verfahren vor dem Familiengericht kann das Opfer einstweiligen Rechtsschutz über § 64b Abs. 3 FGG erlangen, sobald ein Hauptsacheverfahren oder ein Antrag auf Bewilligung von PKH eingereicht ist. Die §§ 620a-g ZPO gelten entsprechend.

In den ZPO-Verfahren erhält das Opfer vorläufigen Rechtsschutz nur über eine einstweilige Verfügung (§§ 935-940 ZPO), wobei bezüglich der Wohnungsräumung die Neufassung von § 940a ZPO beachtenswert ist.

Gleichzeitig wurde durch den neuen § 621g ZPO für die Familiensachen elterliche Sorge, Umgangsregelung, Kindesherausgabe und für Regelungen nach der HausratsVO die Möglichkeit der einstweiligen Anordnung nach den Vorschriften der §§ 620a-g ZPO geschaffen.

Damit entfällt das bisherige Nebeneinander von vorläufigen Anordnungen nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen und entsprechender gesetzlicher Regelungen in Teilbereichen des Familienrechts<sup>28</sup>.

### c) Erweiterung der sofortigen Beschwerde nach § 620c ZPO

Artikel 4 des GewSchG hat die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde nach § 620c ZPO erweitert. Nunmehr ist das Rechtsmittel eröffnet gegen jede Entscheidung des Gerichts, ob positiv oder negativ, die einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 1361b BGB oder §§ 1 oder 2 GewSchG betrifft, wenn diese Entscheidungen nach vorheriger Verhandlung ergangen sind.

Im Übrigen verbleibt es aber, was die elterliche Sorge und die Herausgabe eines Kindes angeht, bei der Anfechtbarkeit mit der sofortigen Beschwerde nur im Falle einer „positiven“ Entscheidung und bei der Unanfechtbarkeit der Entscheidungen nach §§ 620, 620b ZPO im Übrigen.

### 3. Änderungen im Vollstreckungsrecht

a) Die Neufassung von § 794 Abs. 1 Nr. 3a ZPO stellt sicher, dass die neugeregelten einstweiligen Anordnungen in Familiensachen als **Titel im Sinne der ZPO** vollstreckt werden können. Bei der Räumungsvollstreckung nach § 885 ZPO ist jedoch darauf zu achten, dass bereits bei der Antragstellung kenntlich gemacht wird, dass § 885 Abs. 2 ZPO bei der Vollstreckung nicht zur Anwendung kommen soll.

b) Bei einer ohne mündliche Verhandlung erlassenen einstweiligen Anordnung in Gewaltschutzverfahren und auch bei einer entsprechenden Hauptsacheentscheidung kann das Gericht anordnen, dass die Vollziehung der Anordnung und die Vollstreckung der Entscheidung vor der Zustellung an den AGg zulässig ist.

Mit Rücksicht auf die weit reichenden Folgen sollte unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten allerdings eine einstweilige Anordnung ohne mündliche Verhandlung und mit Anordnung des sofortigen Vollzugs vor Zustellung im Einzelfall nur bei schwerer Rechtsverletzung und bei Gefahr in Verzug in Betracht kommen<sup>29</sup>.

§ 885 ZPO ist in zweifacher Hinsicht ergänzt worden. Zum einen soll der Gerichtsvollzieher den Schuldner auffordern, eine Anschrift zum Zwecke der Zustellung oder einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen. Darüber hinaus ist die mehrfache und **wiederholte Vollstreckung** ein und desselben auf Räumung lautenden Titels einschließlich einer einstweiligen Anordnung möglich. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass der Gläubiger sich nicht erneut an das Gericht wenden muss, wenn der Schuldner nach Räumung sich wieder Zutritt in die Wohnung verschafft<sup>30</sup>.

Die Vollstreckung von titulierte Schutzmaßnahmen nach § 1 GewSchG kann sowohl nach §§ 890, 891 ZPO erfolgen, aber auch durch den Gerichtsvollzieher, der gem. § 892a ZPO ermächtigt ist, auch Polizeibeamte bzw. auch Zeugen hinzuzuziehen.

In einer akuten Krisensituation kann allerdings das Opfer schnellen Schutz ohnehin nur durch eine sofortige Intervention der Polizei erreichen<sup>31</sup>.

### 4. Änderungen im IPR

Mit der Einfügung von Artikel 17a EGBGB wird die Behandlung der Nutzungsbefugnis für eine im Inland gelegene Ehwohnung und für den im Inland befindlichen Hausrat dem deutschen Sachenrecht unterstellt. Damit ist die in der bisherigen Rechtsprechung und Literatur höchst umstrittene Frage gelöst<sup>32</sup>.

### 5. Anhörung des Jugendamtes

Falls das Gericht beabsichtigt, einen Antrag nach § 1361b BGB oder nach § 2 GewSchG abzulehnen, soll das Gericht zuvor das Jugendamt anhören, wenn Kinder im Haushalt der Beteiligten leben. Dadurch soll sichergestellt werden, dass das Familiengericht im Wohnungszuweisungsverfahren ein umfassendes Bild erhält (§ 49a Abs. 2 FGG).

Im Falle einer einem Antrag stattgebenden Entscheidung ist das Jugendamt über die ergangene Entscheidung in Kenntnis zu setzen (§ 13 Abs. 4 HausratsVO).

## IV. Die Neufassung des § 1361b BGB

### 1. Begriff der „unbilligen Härte“

a) In § 1361b Abs. 1 BGB ist der Begriff der „schweren Härte“ durch die Worte „unbillige Härte“ ersetzt worden. Dieser Terminus stand bereits bei Schaffung der Norm durch das Unterhaltsänderungsgesetz im Jahre 1986 zur Diskussion.

Der Gesetzgeber hat es erneut der Rechtsprechung überlassen, den unbestimmten Rechtsbegriff „unbillige Härte“ einzelfallbezogen auszufüllen und die Grenzlinie zu ziehen, die überschritten werden muss, um zu einer Nutzungsregelung der Ehwohnung nach § 1361b BGB zu kommen.

Der Hinweis darauf, dass das **Wohl** von im Haushalt lebenden **Kindern vorrangig** zu berücksichtigen sei, ist wenig hilfreich, da dieses Kriterium schon nach altem Recht und auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz zum Teil ausschlaggebende Berücksichtigung gefunden hat<sup>33</sup>.

b) Eindeutig ist dagegen die Regelung bezüglich der Folgen von **Gewalttaten** und der **Drohung** mit Gewaltanwendung. Bei vorsätzlichen und widerrechtlichen Verletzungen an Körper, Gesundheit oder Freiheit oder entsprechenden Drohungen mit solchen Verletzungen sind die Voraussetzungen für eine Wohnungszuweisung grundsätzlich gegeben, wobei darüber hinaus in diesen Fällen eine Teilung der Wohnung nicht in Betracht kommt, sondern vielmehr dem Opfer die Wohnung im Ganzen zur alleinigen und ausschließlichen Nutzung zuzuweisen ist<sup>34</sup>.

Aus § 1361b Abs. 2 S. 2 BGB ergibt sich eine **Umkehr der Beweislast**. Bei begangener Gewaltanwendung oder er-

28 Schumacher, FamRZ 2001, 953, 957.

29 Brudermüller, FF 2000, 156, 158.

30 BT-Drucks. 14/5429, 82.

31 Schumacher, FamRZ 2001, 953, 958; Peschel-Gutzeit, FPR 2001, 243, 245; DAV FF 2000, 162, 164.

32 Nachweise bei Heldrich, in: Palandt, § 14 EGBGB Rn. 18.

33 OLG Hamm FamRZ 1993, 1441; OLG Frankfurt FamRZ 1996, 289; OLG Bamberg FamRZ 1996, 1293; OLG Thüringen FamRZ 1997, 559; OLG Bamberg FamRZ 1995, 560; KG FamRZ 1991, 467; OLG Schleswig FamRZ 1991, 1301; OLG Karlsruhe OLGR 98, 112.

34 van Els, ZfJ 2001, 83, 86.

folgter Drohung wird die Wiederholung weiterer Verletzungen vermutet. Dem Täter obliegt es, diese Vermutung zu widerlegen, wobei an eine Widerlegung hohe Anforderungen zu stellen sind<sup>35</sup>.

Selbst wenn dem Täter dieser Beweis gelingen sollte, verbleibt es bei der Wohnungszuweisung an das Opfer, wenn diesem mit Rücksicht auf die Schwere der Tat – etwa schwere Körperverletzung, Vergewaltigung, Tötungsversuch – ein weiteres Zusammenleben mit dem anderen Ehegatten nicht zuzumuten ist.

c) Trotz dieser besonderen Betonung der Folgen von Gewaltanwendung und Drohung mit Gewalt ist darauf hinzuweisen, dass die Vorschrift auch in ihrer jetzigen Fassung weiter greift: Es geht nach wie vor allgemein um die Regelung für einen Konflikt unter Ehegatten darüber, wer von ihnen bei (vollzogener oder gewünschter) Trennung die Ehwohnung weiterbenutzen darf bzw. wie diese ggf. aufzuteilen ist. Gerade das neue Richtmaß „unbillige Härte“ weist über den Bereich der Gewaltfälle hinaus<sup>36</sup>.

d) Darüber hinaus definiert das Gesetz nicht, was es unter „unbilliger Härte“ versteht. Jedenfalls muss die jetzt gesenkte Schwelle der unbilligen Härte **geringere Anforderungen** als bisher stellen<sup>37</sup>.

Der Austausch der Begriffe dürfte es auf alle Fälle den Gerichten, die „nicht aus sachlicher Überzeugung, sondern aus Gesetzestreue“ den extremen Ausnahmecharakter der bisherigen Regelung beachtet haben, erleichtern, die **Herabsetzung der Eingriffsschwelle** umzusetzen<sup>38</sup>.

Die Herabsetzung der familiengerichtlichen Eingriffsschwelle sollte allerdings auf die bei Gewalttaten tangierten Rechtsgüter, nämlich Körper, Gesundheit und Freiheit, beschränkt sein, und nicht etwa dahingehend erweitert werden, dass auch die Wohnungszuweisung leichter möglich sein soll, wenn etwa nur Vermögensinteressen berührt werden, wenn etwa die Veräußerung der Ehwohnung mit Rücksicht auf bestehende Finanzierungslasten angestrebt wird<sup>39</sup>.

Die Tendenz und Absicht des Gesetzes ist eindeutig dahingehend zu verstehen, in Gewaltfällen jedenfalls eine Erleichterung der Überlassung der Ehwohnung im Vergleich zum bisherigen Rechtszustand zu ermöglichen<sup>40</sup>. Der Appell des Gesetzgebers an die Rechtsprechung, die Eingriffsschwelle jedenfalls bei Gewalttaten herabzusetzen, ergibt sich aber auch schon hinreichend und deutlich aus der Überschrift des Gesetzes, nämlich „Gesetz ... zur Erleichterung der Überlassung der Ehwohnung bei Trennung“. Die Rechtsanwendung ist dadurch allerdings nicht einfacher geworden.

e) Nach wie vor sind nämlich **dingliche Rechtspositionen** des Ehegatten, dem das Mitbenutzungsrecht an der Ehwohnung entzogen werden soll, besonders zu **berücksichtigen**, was im Gesetz auch ausdrücklich normiert ist (§ 1361 b Abs. 1 S. 3 BGB). Darüber hinaus ist der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu berücksichtigen. Hieraus resultiert, dass auch weiterhin eine verfassungsrechtlich gebotene enge Auslegung zu erfolgen hat.

f) Es ist letztendlich eine **Gesamtabwägung** aller wesentlichen Umstände des Einzelfalles erforderlich, die das Verhältnis der geschiedenen Ehegatten zueinander, ihre gegenwärtigen Lebensbedingungen und ihre Beziehung zur Ehwohnung betreffen. Hierzu zählen als Kriterien insbesondere das Alter der Ehegatten und der Gesundheitszustand<sup>41</sup>, ebenso ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, welcher Ehegatte auf die Ehwohnung stärker angewiesen ist<sup>42</sup>. Berücksichtigt werden kann auch die Tatsache, dass ein Ehegatte die Wohnung schon vor der Heirat bewohnt oder Eigenleistungen zum Auf- oder Ausbau der Wohnung erbracht hat<sup>43</sup>.

Bei erforderlicher Gesamtabwägung kommt allerdings dem **Kindeswohl** eine bedeutende, wenn nicht ausschlaggebende Rolle zu<sup>44</sup>. Zu berücksichtigen sind nicht nur gemeinsame minderjährige Kinder, sondern auch volljährige Kinder, solange sie noch im Haushalt der Eltern leben, aber auch Kinder aus einer früheren Ehe oder aus einer anderen Beziehung, die mit den Ehegatten zusammenleben, oder Pflegekinder.

Allerdings führt auch hier die Berücksichtigung von Kindesinteressen nicht zur Wohnungszuweisung, wenn das Begehren lediglich der Realisierung des Trennungswunsches ohne integritätsverletzende Eingriffe des anderen Ehegatten dient<sup>45</sup>.

## 2. Wohnungszuweisung<sup>46</sup>

Wer die Wohnungszuweisung an sich gem. § 1361 b BGB verlangt, hat die Tatbestandsvoraussetzungen, d. h. insbesondere die Gründe für die Annahme einer unbilligen Härte **substantiiert darzulegen**<sup>47</sup>. Ein allgemeiner, unbestimmter Vortrag reicht nicht aus. Die behaupteten Übergriffe und Vorfälle müssen nach Ort, Zeit und Umständen im Einzelnen dargelegt werden<sup>48</sup>.

## 3. Nutzungsvergütung

Durch die Neufassung von § 1361 b Abs. 3 S. 2 BGB ist die frühere Streitfrage, wie bei freiwilligem Auszug zu verfahren ist, entschieden.

Es kommt jetzt nicht mehr darauf an, ob ein Ehegatte dem anderen die Nutzung der Ehwohnung überlassen musste oder ob er sie ihm freiwillig überlassen hat. Der Anspruch auf eine Vergütung für die Nutzung ist nunmehr – unter Voraussetzung der Billigkeit – immer dann gegeben, wenn einem Ehegatten die Nutzung ganz oder teilweise überlassen wurde.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob eine dingliche oder schuldrechtliche Allein- oder Mitberechtigung vorliegt. Dagegen besteht kein Anspruch, soweit es sich um einen aufgedrängten Alleinbesitz handelt und der Ehegatte keinen Anlass zum Auszug hatte.

Durch das Angebot auf Wiedereinräumung des Mitbesitzes kann eine Vergütungspflicht abgewendet werden<sup>49</sup>.

35 BT-Drucks. 14/5429, 19 unter Hinweis auf BayOLG NJW-RR 87, 463.

36 Schwab, FamRZ 2002, 1, 2.

37 Peschel-Gutzeit, FPR 2001, 243, 244; van Els, ZfJ 2001, 83, 86.

38 Schwab, FamRZ 1999, 1317, 1321.

39 Brudermüller, FF 2000, 156, 158.

40 BT-Drucks. 14/5429, 46, 47, 77.

41 OLG Koblenz FamRZ 1987, 852; KG FamRZ 1991, 467; OLG Celle FamRZ 1992, 465; OLG Thüringen FamRZ 1997, 559, 560.

42 Brudermüller, in: *Johannsen/Henrich*, § 1361 b Rn. 28; Brudermüller, FamRZ 1999, 129, 131.

43 Brudermüller, in: *Palandt*, § 1361 b Rn. 18.

44 OLG Koblenz FamRZ 1987, 852; OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 158; OLG Bamberg FamRZ 1990, 1353; OLG Schleswig FamRZ 1991, 1301; OLG Frankfurt/M. FamRZ 1993, 1343; OLG Bamberg FamRZ 1995, 560; OLG Hamm FamRZ 1997, 301; OLG Brandenburg FamRZ 2001, 636, 637; Brudermüller, in: *Johannsen/Henrich*, § 1361 b Rn. 13, 14, 15; Hübner/Voppel, in: *Staudinger*, § 1361 b Rn. 22; Maurer, in: *Schwab*, VIII Rn. 90; Wacke, in: *MünchKomm*, § 1361 Rn. 6; *Oening*, FPR 1997, 122, 124.

45 Hübner/Voppel, in: *Staudinger*, § 1361 b Rn. 22.

46 Schriftsatzmuster b. Müller, Beratung im Familienrecht, Rn. 203.

47 *Oening*, FPR 1997, 122, 124.

48 Hübner/Voppel, in: *Staudinger*, § 1361 b Rn. 13; OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1058; OLG Hamm FamRZ 1989, 739; OLG Karlsruhe FamRZ 1991, 1440; OLG Brandenburg FamRZ 1996, 743, 744; OLG Schleswig FamRZ 1991, 82 = NJW 1990, 28, 26; Brudermüller, in: *Johannsen/Henrich*, § 1361 b Rn. 18, 19.

49 OLG Köln FamRZ 1992, 440; OLG Hamm FamRZ 1996, 1476; Hübner/Voppel, in: *Staudinger*, § 1361 b Rn. 37; Wacke, in: *MünchKomm*, § 1361 b Rn. 17; Brudermüller, in: *Johannsen/Henrich*, § 1361 b Rn. 38.

#### 4. Überlassungsvermutung

a) Ein absolutes **Novum** stellt die **unwiderlegliche gesetzliche Vermutung** der Nutzungsüberlassung nach § 1361 b Abs. 4 BGB dar. Danach wird das Recht auf alleinige Nutzung an der Ehwohnung zu Gunsten des in der Ehwohnung verbliebenen Ehegatten vermutet, sofern nicht der ausgezogene Ehegatte binnen sechs Monaten nach seinem Auszug seine ernstliche Rückkehrabsicht dem anderen Ehegatten gegenüber bekundet hat.

Voraussetzung ist zunächst der **tatsächliche Auszug** eines Ehegatten aus der Ehwohnung, d. h. das Verlassen der Wohnung ggf. unter Mitnahme der persönlichen Sachen und die Begründung eines neuen Lebensmittelpunktes an anderer Stelle. Es ist nicht wie sonst im Gesetz die Rede von einem Überlassen der Wohnung, sondern lediglich von einem Auszug. Demzufolge ist es völlig unerheblich, aus welchen Gründen der Auszug erfolgt ist. Alleinige Voraussetzung ist, dass mit dem Auszug die Trennung der Ehegatten i. S. d. § 1567 Abs. 1 BGB erfolgt ist, wobei wiederum die Trennungsabsicht auch bei dem Ehegatten liegen kann, der in der Wohnung verblieben ist.

b) Trotz der im Gesetzgebungsverfahren massiv vorgetragenen Bedenken, sowohl des Bundesrats<sup>50</sup> als auch im Rahmen der Sachverständigenanhörung wurde die Regierungsvorlage Gesetz.

aa) Nicht nur weil sich insoweit ein **Widerspruch zum** gesetzlich normierten **Trennungsjahr** für die Ehescheidung (§ 1566 Abs. 1 BGB) offenbart, sondern insbesondere mit Rücksicht auf die Unwiderleglichkeit der Vermutung ist die **Gefahr untragbarer Ergebnisse** bei gesetzestreuer Anwendung offenkundig.

bb) Die Bestimmung führt zu absolut **endgültigen Nutzungsregelungen**, jedenfalls **bis zu einer Scheidung** der Ehe, wenn die 6-Monats-Frist versäumt wurde. Dasselbe gilt, wenn der ausgezogene Ehegatte nicht beweisen kann, dass er seine **ernstliche Rückkehrabsicht** dem anderen Ehegatten mitgeteilt hat, weil dieser den Zugang einer entsprechenden Erklärung bestreitet, oder wenn – etwa durch ungeschickte Formulierung – eine „ernstliche Rückkehrabsicht“ nicht angenommen werden könnte.

Es wäre nämlich nicht ausreichend, wenn dieser Ehegatte etwa lediglich seine weiter bestehenden Rechte an der Ehwohnung reklamiert. Gefordert wird vielmehr die Bekundung einer darüber hinaus ernstlichen, also nicht lediglich vorgeschobenen Absicht, in die Ehwohnung zurückzukehren, aus welchen Motiven auch immer. Insbesondere muss die Rückkehrabsicht nicht von einem Wunsch nach Versöhnung und Fortsetzung der Ehe getragen sein.

cc) Greift die unwiderlegliche Vermutung des § 1361 b Abs. 4 BGB, besteht ein dauerhaftes alleiniges Nutzungsrecht des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten bis zur Rechtskraft der Ehescheidung, selbst wenn der ausgezogene Ehegatte Alleineigentümer der Ehwohnung sein sollte, da die **dingliche Berechtigung**, die bei der Wohnungszuweisung nach § 1361 b Abs. 1 BGB zu berücksichtigen ist, hier **keine Rolle** spielt. Will der ausgezogene Ehegatte eine Änderung mit dem Ziel der eigenen Nutzung der Ehwohnung erreichen, ist er gezwungen, ein Scheidungsverfahren einzuleiten und dabei als Antragsfolgesache seinen Anspruch auf Zuweisung der Ehwohnung für die Zeit nach der Scheidung geltend zu machen.

Bis zur Rechtskraft dieser Folgesache verbleibt es aber bei dem ausschließlichen Nutzungsrecht des in der Ehwohnung einmal verbliebenen Ehegatten.

Darüber hinaus wird es in einem solchen Fall dem ausgezogenen Ehegatten schwer verständlich zu machen sein, dass er zwar seine Berechtigung, die Ehwohnung mitzubenutzen, kraft Gesetzes verloren hat, ihm aber dasselbe Gesetz nicht erlaubt, vor Ablauf eines weiteren halben Jahres die

Scheidung der Ehe zu begehren, sofern er sich nicht auf § 1565 Abs. 2 BGB berufen kann.

dd) Eine diesem Ehegatten, etwa weil er Alleineigentümer oder Miteigentümer der Wohnung ist, zuzubilligende **Nutzungsvergütung** ist dann nur ein schwacher Trost und zudem ein Ärgernis, wenn etwa einerseits mangels Unterhaltsberechtigung des in der Ehwohnung verbliebenen Ehegatten keine Möglichkeit der Berücksichtigung des Wohnvorteils beim Trennungsunterhalt besteht, darüber hinaus der Vergütungsanspruch mangels finanzieller Möglichkeiten beim nutzenden Ehegatten nicht realisierbar ist.

ee) Da das **Motiv** des Auszuges **unerheblich** ist, wäre nicht nur der Ehegatte von dieser Regelung betroffen, der freiwillig die Ehwohnung verlassen hat, sondern auch ein Ehegatte, der nach schweren Misshandlungen aus der Wohnung geflohen ist und aus Angst vor weiteren Übergriffen jeglichen Kontakt mit dem gewalttätigen Ehegatten fürchtet.

Auch dieser Ehegatte verliert – unwiderbringlich und endgültig – sein (Mit-)Benutzungsrecht an der Ehwohnung, wenn ihm nicht der Nachweis des Zugangs seiner „ernstlichen Rückkehrabsichtserklärung“ innerhalb von sechs Monaten nach seinem Auszug gelingt.

Hier offenbart sich ein eklatanter **Widerspruch** zur „Grundregel“ der Gesetzesform in § 1361 b Abs. 2 BGB („Der Täter geht, das Opfer bleibt“), weil in diesem Fall nicht das Opfer, sondern der Täter im Genuss der Wohnungsnutzung verbleibt.

c) Aus den dargestellten Gründen ergeben sich somit auch tief greifende **verfassungsrechtliche Bedenken** gegen § 1361 b Abs. 4 BGB (Art. 2, 6, 14 GG)<sup>51</sup>.

50 BT-Drucks. 14/5429, 94.

51 Erbarth, FuR 2001, 197, 204; Brudermüller, FF 2000, 156.

## Wichtige Rechtsänderungen bei Verjährung, vereinfachtem Unterhaltsverfahren und Zwangsvollstreckung zum 1. 1. 2002

*Dr. Bernhard Knittel*, Leitender Ministerialrat, Bayerisches Justizministerium, München

Zum Jahresbeginn 2002 sind verschiedene Rechtsänderungen in Kraft getreten, die sich auf die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen durch Rechtsanwälte auswirken können:

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz<sup>1</sup> gestaltet die Vorschriften über die Verjährung im Allgemeinen Teil des BGB grundlegend um. Ferner wurden mehrere Vorschriften über das vereinfachte Verfahren für die Erstfestsetzung des Unterhalts in §§ 645 ff. ZPO geändert. Diese Neuregelungen sind in Art. 30 des „Gesetzes zur Einführung des EURO in Rechtspflegengesetzen und in Gesetzen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, zur Änderung der Mahnvordruckverordnung sowie zur Änderung weiterer Gesetze“ vom 13. 12. 2001<sup>2</sup> enthalten.

Schließlich wird die Pfändung von Unterhaltsforderungen durch das „7. Gesetz zur Änderung der Pfändungsfreigren-

1 BGBl. I 2001, 3137.

2 BGBl. I, 3574.