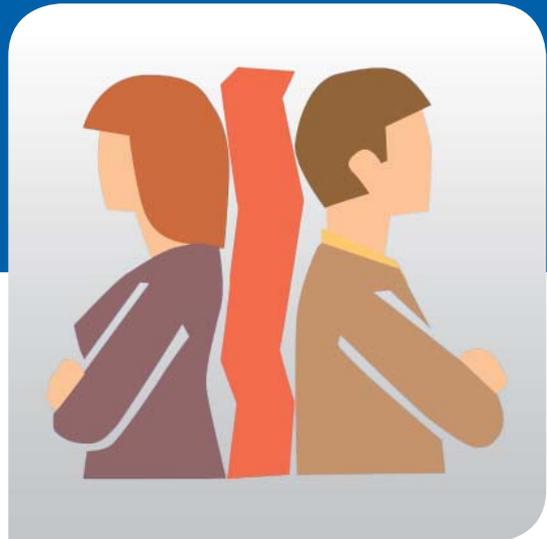


Kottke/Zahran

Die 100 typischen Mandate im Familienrecht

5. Aufl., Leseprobe

Weitere Informationen zum Produkt mit
Bestellmöglichkeit erhalten Sie in unserem
Online-Angebot unter www.deubner-recht.de/shop



IMPRESSUM

© 2016 by Deubner Verlag GmbH & Co. KG
Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck und Vervielfältigung
– auch auszugsweise – nicht gestattet.

ISBN: 978-3-88606-875-3

Wichtiger Hinweis

Die Deubner Verlag GmbH & Co. KG ist bemüht, ihre Produkte jeweils nach neuesten Erkenntnissen zu erstellen. Deren Richtigkeit sowie inhaltliche und technische Fehlerfreiheit werden ausdrücklich nicht zugesichert.

Die Deubner Verlag GmbH & Co. KG gibt auch keine Zusicherung für die Anwendbarkeit bzw. Verwendbarkeit ihrer Produkte zu einem bestimmten Zweck. Die Auswahl der Ware, deren Einsatz und Nutzung fallen ausschließlich in den Verantwortungsbereich des Kunden.

Deubner Verlag GmbH & Co. KG
Sitz in Köln
Registergericht Köln
HRA 16268

Persönlich haftende Gesellschafterin:
Deubner Verlag Beteiligungs GmbH
Sitz in Köln
Registergericht Köln
HRB 37127
Geschäftsführer: Ralf Wagner, Werner Pehland

Deubner GmbH & Co. KG
Oststraße 11, D-50996 Köln
Fon +49 221 937018-0
Fax +49 221 937018-90
kundenservice@deubner-verlag.de
www.deubner-recht.de



Praxistipp

Der Antrag auf Verfahrenskostenhilfe für **isolierte Kindschaftsverfahren** sollte eine **möglichst detaillierte Begründung** dazu enthalten, aus welchen Gründen die Beordnung eines Rechtsanwalts in dem konkreten Fall erforderlich ist. Der BGH verlangt von den Instanzgerichten eine sogenannte **Notwendigkeitsprüfung**, die die objektiven und subjektiven Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls berücksichtigt. **Maßgebend ist, ob ein Bemittelter in der Lage des Unbemittelten vernünftigerweise einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte.** Dabei darf auch darauf abgestellt werden, welche subjektiven Fähigkeiten der Beteiligte besitzt, um seine Interessen mündlich und schriftlich zu vertreten, und wie es um seine Gesundheit steht. Schließlich genügt es nach Auffassung des BGH, dass entweder die Sach- oder die Rechtslage schwierig ist (BGH, FamRZ 2010, 1427 m. Anm. Stößer).



Praxistipp

Aufgrund der vom BGH geforderten einzelfallbezogenen Prüfung ist damit zu rechnen, dass es zunächst noch häufiger zu Streitigkeiten über die Beordnung eines Rechtsanwalts in Verfahren ohne Anwaltszwang kommen wird. Sie als Anwalt sollten sich nicht darauf verlassen, dass Ihrem Mandaten Verfahrenskostenhilfe bewilligt werden wird. Sie sollten hierauf schriftlich hinweisen und prüfen, ob Sie für die Führung des Verfahrenskostenhilfeprüfungsverfahrens einen Vorschuss verlangen.

B. Mandatssituationen

Mandatssituation 5.1: Aufenthaltsbestimmung bei Getrenntleben/Einstweiliger Rechtsschutz

Sachverhalt

Checkliste

Lösung

Verfahren

Muster

Die Eheleute Schuster haben sich nach längerer Ehekrise voneinander getrennt. Frau Schuster hielt die angespannte und konfliktreiche Situation zu Hause nicht mehr aus und zog ohne Absprache mit den Kindern Tom (13), Leni (7) und Bruno (5) in eine eigene Wohnung. Herr Schuster versteht sich als gleichwertige Hauptbezugsperson der Kinder und möchte, dass die Kinder in der Ehwohnung bleiben und von ihm betreut werden. Welche Maßnahmen kann er ergreifen?



Sachverhalt

Checkliste

Lösung

Verfahren

Muster

- Stellen Sie zeitnah gerichtliche Anträge!
- Prüfen Sie auch, ob Sie den Fall zu vertretbaren wirtschaftlichen Konditionen bearbeiten können.
- Scheuen Sie sich nicht, mit dem Mandanten über die Möglichkeit einer Vergütungsvereinbarung (Zeithonorar!) zu verhandeln.
- Bei Dringlichkeit sollten zur Beschleunigung sogleich im ersten Beratungstermin der Inhalt und die Formalien einer eidesstattlichen Versicherung mit dem Mandanten besprochen und diese ggf. verfasst werden.
- Der Mandant sollte das Jugendamt informieren.

Sachverhalt

Checkliste

Lösung

Verfahren

Muster

Im Fall der Trennung darf ein Elternteil nicht gegen den Willen des Mitsorgeberechtigten über eine Veränderung des Wohnorts des Kindes bestimmen. **Können sich die Eltern nicht einigen**, muss eine gerichtliche Entscheidung eingeholt werden (§ 1671 BGB).

Außergerichtliche
Beratung

Grundsätzlich gilt, dass ein von einem Elternteil rechtswidrig aus der bisherigen Umgebung entferntes Kind zurückzuführen ist, wenn nicht erhebliche Kindesinteressen entgegenstehen. Entsprechend sollte die Gegenseite unverzüglich unter kurzer Fristsetzung aufgefordert werden, die Kinder in die Ehewohnung zurückzubringen und an einer vorläufigen gemeinsamen Betreuungsregelung in der Ehewohnung mitzuwirken. Kommt der andere Elternteil dieser Aufforderung nicht nach, kann die **Rückführung** und Herausgabe des Kindes nach § 1632 BGB im Wege der einstweiligen Anordnung beantragt werden (OLG Stuttgart, FamRZ 1999, 39; AG Bad Iburg, FamRZ 2000, 1036).

Praxistipp

Hierbei ist zu beachten, dass der **Herausgabeantrag zeitnah** zu stellen ist. Wenn das Kind bereits mehrere Wochen in der neuen Wohnung lebt und eine Gewöhnung eingetreten ist, kann die Rückführung daran scheitern, dass sie unzumutbar ist. Sie sollten den Mandanten schriftlich auf diesen Umstand hinweisen, damit Ihnen ein Zögern des Mandanten im Nachhinein nicht als Beratungsfehler angelastet werden kann.



Häufig versuchen Elternteile durch eigenmächtige Mitnahme der Kinder Fakten zu schaffen. Daher ist es wichtig, Mandanten in dieser Phase der Beratung zu vermitteln, dass eine **rechtswidrige Mitnahme** der Kinder in einem späteren Sorgerechtsverfahren **negative Auswirkungen** haben könnte. Es gibt zwar Konstellationen, in denen eine eigenmächtige Entscheidung ohne Konsequenzen bleibt, wenn es sich objektiv um die beste



Lösung für das Kind handelt. In weniger eindeutigen Fällen kann ein eigenmächtiges Vorgehen jedoch dazu führen, dass dieser Elternteil später in einem Sorgerechtsverfahren unterliegt, weil ihm entgegengehalten wird, er sei weniger bindungstolerant oder handle am Wohl der Kinder vorbei.

Parallel zu den Bemühungen zur Wiederherstellung der Ausgangslage sollte mit dem Mandanten geklärt werden, ob **Vermittlungsangebote des Jugendamts** oder eine **Mediation** als Lösungsweg in Betracht kommen. Solange die Eltern in der Lage sind, miteinander eine einvernehmliche Regelung des zukünftigen Aufenthalts zu erarbeiten, sollten Sie Ihren Mandanten hierin bestärken. Wo dieser Weg keine Lösung verspricht, muss über die Erfolgsaussicht eines Antrags auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts gem. § 1671 BGB beraten werden.

Sachverhalt

Checkliste

Lösung

Verfahren

Muster



Praxistipp

Soweit es zu **keiner Einigung gekommen** ist, sollte zur Wahrung der Interessen von Herrn Schuster umgehend beim Familiengericht ein Antrag auf Herausgabe der Kinder und gerichtliche Entscheidung des Aufenthalts gestellt werden. Aus der Perspektive von Herrn Schuster muss verhindert werden, dass durch Zeitablauf neue Bindungsverhältnisse und Gewohnheiten entstehen, die gegen ihn und für Frau Schuster als Hauptbezugsperson sprechen.

Gerichtliche Zuständigkeit

Bei der Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist zu beachten, ob eine **Ehesache anhängig** ist. Solange eine Ehesache rechtshängig ist, ist das Gericht, bei dem diese Sache anhängig ist, ausschließlich zuständig, wenn gemeinschaftliche Kinder der Ehegatten betroffen sind. Dies gilt auch, wenn die Ehesache nach der Kindschaftssache anhängig wird. Dann muss die Kindschaftssache an das Gericht der Ehesache abgegeben werden (§ 153 FamFG).

Wenn **keine Ehesache anhängig** ist, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder (§ 152 Abs. 2 FamFG). Dies ist der Daseinsmittelpunkt (Zöller/Philippi, § 122 FamFG Rdnr. 12). Die Frage, ab wann ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt begründet wurde, ist nach Einzelfallkriterien zu entscheiden. Auch wenn die Kinder widerrechtlich an einen neuen Wohnort verbracht werden, kann hierdurch ein gewöhnlicher Aufenthalt begründet werden.



Praxistipp

Wenn ein Elternteil bereits ohne Zustimmung des anderen Elternteils mit dem Kind umgezogen ist und einen neuen gewöhnlichen Wohnsitz begründet hat, kann das Gericht des gewöhnlichen Aufenthalts das Verfahren gem. § 154 FamFG an das Gericht des früheren Aufenthalts verweisen.



Das persönliche Erscheinen der Eltern wird angeordnet. Den Kindern kann ein Verfahrensbeistand gem. § 158 Abs. 2 Nr. 1 FamFG bestellt werden. Die Kinder sind anzuhören. Das Gericht hat in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen hinzuwirken.

Maßnahmen
des Gerichts

Der **Antrag auf Herausgabe und Rückführung der Kinder** gem. § 1632 BGB ist im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu stellen. Dagegen liegen die Voraussetzungen für ein Eilverfahren im Hinblick auf die Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nur in besonderen Fällen vor. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. §§ 49 ff. FamFG bleibt Fällen vorbehalten, in denen ein **dringendes Regelungsbedürfnis** ein sofortiges Tätigwerden verlangt. Dies wäre nur unmittelbar nach der rechtswidrigen Mitnahme der Kinder für den Herausgabeantrag zu bejahen.

Einstweiliger
Rechtsschutz

In Fällen, in denen ein Ehegatte mit den Kindern auszieht und vorab eine gerichtliche Entscheidung erwirken will, ist die Dringlichkeit ohne Vorliegen besonderer Umstände (z.B. Gewalt, Alkoholmissbrauch) zu verneinen. Auch wenn das Zuwarten in der angespannten Trennungssituation für die Kinder eine unglückliche Situation darstellt, besteht kein Anlass für ein sofortiges Tätigwerden, da der **reguläre Antrag ohnehin im beschleunigten Verfahren** vom Gericht zu behandeln ist.

Praxistipp

Oft empfinden die Betroffenen die Bestimmung des zukünftigen Aufenthalts der Kinder als sehr dringend und wünschen „Eilanträge“. Sie sollten sich nicht von der subjektiv empfundenen Notlage des Mandanten dazu verleiten lassen, einen Antrag im einstweiligen Rechtsschutz zu stellen, ohne dass objektive Gründe für ein sofortiges Tätigwerden des Gerichts feststellbar sind. Sonst kann es zu einer frustrierenden Abweisung des Antrags mit negativer Kostenfolge für den Mandanten kommen, obwohl der Antrag in der Hauptsache Erfolg hätte.



Die Tatsachen zur Begründung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sind **mittels eidesstattlicher Versicherung** des Mandanten **glaubhaft zu machen**. Diese muss dem Gericht im Original vorliegen, damit es im einstweiligen Rechtsschutz tätig werden kann.



Der Mandant sollte die tatsächlichen Geschehnisse, die zu seinem Antrag führen, möglichst in eigenen Worten schildern. Seinen Ausführungen sollte er folgende Erklärung voranstellen:

Muster einer eidesstattlichen Versicherung

Eidesstattliche Versicherung

Ich, ..., geboren am, ..., wohnhaft, ..., versichere in Kenntnis der Strafbarkeit der Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung Folgendes an Eides statt: ...

..., den ...

[Unterschrift]

Vollstreckung

Die Vollstreckung von **Ordnungsmitteln** und der **Herausgabe** richtet sich nach § 89 FamFG. Die Verhängung von Ordnungsmitteln soll auch Sanktionscharakter haben. Sie können daher auch **nach Eintritt eines Verstoßes** festgesetzt und vollstreckt werden.

Nur in seltenen Fällen wird es der durch Gerichtsbeschluss zur Kindesherausgabe verpflichtete Elternteil auf eine Vollstreckung ankommen lassen. Zur Vollstreckung der Herausgabe ist der beauftragte **Gerichtsvollzieher** befugt, sich **mit Hilfe der Polizei** Zutritt zu der Wohnung, in der das Kind sich aufhält, zu verschaffen und das Kind auch mit Gewalt aus der Wohnung herauszuholen. Der zuständige Gerichtsvollzieher sollte vorher über die Hintergründe des Konflikts informiert werden. Er kann sich dann besser auf die Vollstreckung vorbereiten und z.B. den Vertreter des Jugendamts, der das Kind möglicherweise bereits kennt, zu dem Vollstreckungstermin hinzubitten. Außerdem hat er vorsorglich einen Schlosser zur Öffnung der Tür und Beamte der Polizei für den Fall, dass die Anwendung von Gewalt erforderlich sein sollte, zum Vollstreckungstermin bereitzuhalten.

Verfahrenskostenhilfe und Verfahrenswert

Gemäß § 114 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 FamFG besteht in Kindschaftsverfahren, die außerhalb des Scheidungsverbands geführt werden **kein Anwaltszwang**, da Kindschaftssachen nicht zu den Familienstreitsachen i.S.d. § 112 FamFG gehören. Aus diesem Grund erfolgt eine Beordnung nur, wenn die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Vertretung durch einen Rechtsanwalt als erforderlich erscheinen lässt (§ 78 Abs. 2 FamFG). Der **Verfahrenswert** für einen Antrag auf Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts außerhalb eines Scheidungsverfahrens beträgt für das Hauptverfahren gem. § 45 Abs. 1 FamGKG i.d.R. 3.000 €, für die einstweilige Anordnung gem. § 41 FamGKG i.d.R. die Hälfte des Verfahrenswerts der Hauptsache, mithin 1.500 €. Die Festsetzung des Verfahrenswerts liegt im Ermessen des Gerichts (§ 45 FamGKG). Für die Höhe des Verfahrenswerts kann ausschlaggebend sein, dass es um mehrere Kinder geht oder ein besonders hoher Zeitaufwand mit dem Verfahren verbunden war. Für ein Hauptsacheverfahren zum Sorgerecht wird eine Ge-



richtsgebühr von 0,5 erhoben. (Kostenverzeichnis Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 FamGKG Nr. 1310). Diese beträgt 54 €. Für das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung fällt gem. Nr. 1410 eine 0,3-Gebühr an. Die Gerichtsgebühren werden schon zu Beginn des Verfahrens vom Antragsteller abgefordert. Sie sind jedoch nicht wie in Ehe- und Familienstreitsachen bei Einreichung der Antragschrift fällig und können im Laufe des Verfahrens bezahlt werden (vgl. §§ 9 und 11 FamGKG). Die Zustellung der Anträge ist nicht von der Entrichtung der Gerichtsgebühr abhängig.

Sachverhalt

Checkliste

Lösung

Verfahren

Muster

Muster eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Herausgabe der Kinder

Amtsgericht
Familiengericht

...

Straße, Hausnr./Postfach

PLZ Ort

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Herausgabe der Kinder

des ...

– Antragsteller –

Verfahrensbevollmächtigte(r): ...

gegen

die Ehefrau ...

– Antragsgegnerin –

Verfahrensbevollmächtigte(r): ...

Namens und in Vollmacht des Antragstellers wird **beantragt**,

im Wege der einstweiligen Anordnung zu beschließen:

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Kinder der Beteiligten ..., geb. am ..., ..., geb. am ..., und ..., geb. am ..., an den Antragsteller herauszugeben.

Gegen die Antragsgegnerin wird ein Ordnungsgeld i.H.v. ... festgesetzt, wenn sie die Kinder ... nicht bis zum ... an den Antragsteller herausgibt.

Der zuständige Gerichtsvollzieher wird durch das Gericht beauftragt, der Antragsgegnerin die Kinder ... wegzunehmen und dem Antragsteller zuzuführen.

...



...
Er hat dabei für die Anwesenheit eines Mitarbeiters des zuständigen Jugendamtes bei der Vollstreckung zu sorgen, § 88 Abs. 2 FamFG; § 50 Abs. 1 Satz 2 KJHG (SGB VIII).

Der Gerichtsvollzieher wird ermächtigt, zur Durchsetzung der Kindesherausgabe Gewalt anzuwenden, ggf. die Wohnung zu durchsuchen und Polizeikräfte zu seiner Unterstützung heranzuziehen.

Die Zwangsvollstreckung aus diesem Beschluss findet ohne Erteilung einer Vollstreckungsklausel statt (§ 53 Abs.1 FamFG).

Begründung:

Der Antragsteller und die Antragsgegnerin sind seit ... miteinander verheiratet. Aus der Ehe sind die gemeinsamen Kinder ..., geb. am ..., ..., geb. am ..., und ..., geb. am ..., hervorgegangen. Seit ... leben der Antragsteller und die Antragsgegnerin innerhalb der Ehwohnung getrennt. Am ... ist die Antragsgegnerin mit den Kindern aus der Ehwohnung in eine eigene Wohnung umgezogen, obwohl ihr bekannt war, dass der Antragsteller nicht mit dem Umzug der Kinder einverstanden ist. Die Beteiligten haben bereits versucht, sich darüber abzustimmen, bei wem die Kinder in Zukunft wohnen sollen. Sie haben hierüber jedoch noch kein Einverständnis erzielt. Ein Scheidungsverfahren ist noch nicht anhängig.

Der Antragsteller vermutet, dass die Antragsgegnerin im Hinblick auf die Regelung des zukünftigen Lebensmittelpunkts Fakten schaffen und die Kinder in ihrem Sinne beeinflussen möchte. Denn bisher ist auch der Antragsteller als Hauptbezugsperson der Kinder zu sehen. Die Kinder haben sich bisher nicht für den Verbleib bei der Mutter oder dem Vater ausgesprochen.

Mit Schriftsatz vom gleichen Tage beantragt der Antragsteller, ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder zu übertragen. Er möchte mit den Kindern in der Ehwohnung wohnen bleiben und die Kinder betreuen.

Es ist im Interesse der Kinder, die ursprüngliche Wohnsituation wieder herbeizuführen, bis über den zukünftigen Lebensmittelpunkt der Kinder gerichtlich entschieden worden ist. Der Antragsteller ist damit einverstanden, dass die Antragsgegnerin sich täglich in der Ehwohnung aufhält, um Zeit mit den Kindern zu verbringen. Er wäre auch damit einverstanden, dass die Kinder die Antragsgegnerin in deren Wohnung aufsuchen, sofern die Besuche vorher abgesprochen werden und gewährleistet ist, dass die Kinder ihren Lebensmittelpunkt bis zu einer gerichtlichen Regelung in der Ehwohnung behalten.

Glaubhaftmachung: Eidesstattliche Versicherung des Antragstellers

Die Voraussetzungen für die Kindesherausgabe gem. §1632 Abs.1 BGB sind damit erfüllt. Das eigenmächtige Verhalten der Antragsgegnerin ist nicht im Interesse der Kinder. Denn es ist zu befürchten, dass das Wohl der Kinder gefährdet wird, wenn sie den Eindruck gewinnen, über ihren Wohnort und ihre Betreuung wird im Zuge der Trennungstreitigkeiten über ihre Köpfe hinweg bestimmt und sie werden zum Faustpfand im Streit der Eltern.

Das Wohl der Kinder macht den Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung dringend erforderlich (§ 49 Abs.1 FamFG). Da seit dem Umzug erst wenige Tage vergangen sind, ist es für die Kinder plausibel in ihr gewohntes Zuhause zurückzukehren. Ein Abwarten bis zu einer Entscheidung im ordentlichen Verfahren kommt nicht in Betracht, da es den Kindern nach einer längeren Gewöhnungsphase nicht zuzumuten wäre, erneut ihren Wohnort zu wechseln. Im Einzelnen: ...

Eine für das Jugendamt bestimmte Abschrift dieses Schriftsatzes ist beigelegt.

Wegen der besonderen Eilbedürftigkeit des Anordnungsantrags wird angeregt, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden und die erforderlichen Anhörungen erst nach Erlass der einstweiligen Anordnung vorzunehmen (§§ 51 Abs. 2 Satz 2, 159 Abs. 3, 160 Abs. 4, 162 Abs. 1 Satz 2 FamFG).

Rechtsanwältin/Rechtsanwalt