

# Vorläufiger Rechtsschutz in Familiensachen

von  
Dr. Hans Gießler, Dr. Jürgen Soyka

6. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66037 5

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

- die Anordnung zur **Räumung** der Ehewohnung (falls der andere noch in der Ehewohnung wohnt).<sup>375</sup> Dabei kann – ohne dass § 721 ZPO anwendbar wäre<sup>376</sup> – eine Räumungsfrist bewilligt werden, die auch (nachträglich) bei Änderung der Verhältnisse<sup>377</sup> verlängert werden kann. Bei der Entscheidung über Räumungsfristen ist das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Räumungspflichtigen zu beachten, wenn etwa Suizidgefahr<sup>378</sup> oder altersbedingte geistige Gebrechlichkeit<sup>379</sup> besteht.  
Statt Räumung kann **nicht** auf bloßes „Verlassen der Ehewohnung“ erkannt werden, weil nur mit der Räumung und nicht mit dem bloßen Verlassen sowohl die Entsetzung des Räumungsschuldners als auch die Einweisung des Räumungsgläubigers in den Besitz der Ehewohnung verbunden ist.<sup>380</sup> Empfehlenswert, nach anderer Auffassung notwendig,<sup>381</sup> ist allerdings der Zusatz: „Bei der Räumung ist § 885 Abs. 2 bis Abs. 4 ZPO nicht anwendbar.“
- die Anordnung zur **Herausgabe** der Wohnungsschlüssel,<sup>382</sup> die Berechtigung zum Austausch der Wohnungsschlüssel,<sup>383</sup> Herausgabe des Mietvertrages oder anderer sich auf die Wohnung beziehender Unterlagen.
- ein **Verbot**, die Wohnung zu betreten,<sup>384</sup> sich ihr zu nähern<sup>385</sup> oder den Wohnungsinhaber in anderer Weise im Besitz der Wohnung zu stören.<sup>386</sup> Dabei kann gleichzeitig ein Ordnungsgeld angedroht werden (§ 890 Abs. 2 ZPO).
- eine Anordnung über die **Zahlung** einer Nutzungsvergütung, selbst wenn über die Wohnungsbenutzung durch einen Ehegatten kein Streit besteht,<sup>387</sup> sowie über die Zahlung **des Mietzinses** im Innenverhältnis der Ehegatten zueinander (vgl. § 1361b Abs. 2 BGB).<sup>388</sup> Indes werden solche Anordnungen im Zweifel nicht derart eilig sein, dass sie nicht dem Hauptsacheverfahren überlassen werden könnten.
- die Verpflichtung zur Zahlung von **Umzugskosten**.<sup>389</sup>
- die Begründung eines (vorläufigen) **Mietverhältnisses** mit dem anderen Ehegatten, wenn anders der Besitz an der Ehewohnung bei bevorstehender Veräußerung der Ehewohnung durch den anderen Ehegatten nicht gesichert werden kann (§ 1361b Abs. 2 BGB; vgl. hierzu → Rn. 777).
- der Erlass eines Kündigungsverbotes.
- über Tragung der mit dem Wohngrundstück verbundenen Belastungen.<sup>390</sup>

<sup>375</sup> OLG Stuttgart FamRZ 2002, 559.

<sup>376</sup> § 795 ZPO verweist nicht auf § 721 ZPO: OLG Hamburg FamRZ 1983, 1151; OLG München FamRZ 1998, 1170; OLG Brandenburg FamRZ 2001, 691 (692).

<sup>377</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2001, 691.

<sup>378</sup> BVerfG NJW 1991, 3207 Nr. 1.

<sup>379</sup> BVerfG NJW 1991, 3207 Nr. 2.

<sup>380</sup> AG Gladbeck FamRZ 1992, 589; Baumbach/Hartmann § 858 Rn. 2.

<sup>381</sup> Johannsen/Henrich/Brudermüller § 1361b Rn. 74.

<sup>382</sup> OLG Hamm FamRZ 1991, 81 (82); KG FamRZ 1991, 467 (468).

<sup>383</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 1994, 1185.

<sup>384</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 1994, 1185; OLG Köln FamRZ 2003, 319, § 620 Rn. 74.

<sup>385</sup> OLG Köln FamRZ 2003, 319.

<sup>386</sup> Vgl. hierzu unten Rn. 878; ferner Brudermüller FamRZ 1987, 114.

<sup>387</sup> OLG Schleswig FamRZ 1988, 722; OLG Köln FamRZ 1992, 440; OLG Frankfurt/M. FamRZ 1992, 677; OLG Braunschweig FamRZ 1996, 548 (549); Johannsen/Henrich/Brudermüller § 1361b Rn. 30 ff.; Erbarth FamRZ 1998, 1007.

<sup>388</sup> OLG Naumburg FamRZ 2003, 1748; Soergel/Heintze § 18a HausrVO Rn. 2. Dagegen kann in das Rechtsverhältnis zum Vermieter nicht eingegriffen werden: OLG Köln FamRZ 1994, 632 Nr. 348.

<sup>389</sup> OLG Köln FamRZ 1987, 77.

<sup>390</sup> AG Kerpen FamRZ 2001, 178.

- 634 c) **Die Regelung der Mitbenutzung.** aa) **Voraussetzungen.** Eine Mitbenutzungsregelung kommt als **mildere Maßnahme** in allen Fällen in Betracht, in denen eine Benutzungsteilung der Ehewohnung räumlich möglich ist und die Voraussetzungen für eine Alleinüberlassung der Ehewohnung im Übrigen gegeben sind, ferner aber auch dann, wenn sich ein Ehegatte vom anderen **trennen will** und ihm dies nur innerhalb der Ehewohnung möglich ist,<sup>391</sup> schließlich auch, wenn einer den anderen ausgesperrt hat.<sup>392</sup>
- 635 bb) **Der Inhalt der eAO.** In der eAO zur Mitbenutzung der Ehewohnung sind zu regeln, **welche Räume** der Ehewohnung dem Antragsteller zur Alleinbenutzung und welche zur Mitbenutzung überlassen werden, unter Umständen auch **Art und Zeit der Mitbenutzung** (zB der Küche, des Bades, des gemeinsamen Telefons).<sup>393</sup> Ferner können **Gebote und Verbote** erlassen werden, zB das Gebot, den Zutritt zu bestimmten Räumen zu gestatten und Steckschlüssel zu entfernen<sup>394</sup> oder Schlüssel auszuhändigen,<sup>395</sup> die Wohnung zu beheizen,<sup>396</sup> das Verbot, den anderen in der Benutzung oder Mitbenutzung zu stören.<sup>397</sup> Ein Verbot, einen Dritten (Ehebrecher) in der Wohnung aufzunehmen, kann im Rahmen der Wohnungsbenutzungsregelung nicht erlassen werden,<sup>398</sup> hierfür kommt nur die eAO auf Unterlassung einer Ehestörung in Betracht.

## 5. Rechtsbehelfe

- 636 Jede Entscheidung über einen Antrag auf Zuweisung der Ehewohnung ist gemäß § 57 FamFG mit der sofortigen Beschwerde angreifbar. Dies gilt nur dann, wenn die Ehewohnung als Ganzes zugewiesen wird und erstreckt sich ferner auf Nebenbestimmungen wie Räumungsfrist, Anordnung einer Ausgleichszahlung etc.<sup>399</sup>

## IV. Die Besonderheiten der eAO zur Wohnungsregelung bei Scheidung

### 1. Sachliche Voraussetzungen der eAO

- 637 § 1568a BGB, der die Wohnungszuweisung ab Rechtskraft der Scheidung regelt, hat nunmehr eine Anspruchsgrundlage für die Wohnungsüberlassung geschaffen.
- Die Neufassung macht deutlich, dass das Gericht bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse (vgl. § 209 FamFG) anhand von Anspruchsgrundlagen entscheidet. Die Anspruchsvoraussetzungen entsprechen den Grundsätzen, die sich bei der Anwendung des § 2 HausrVO durch den Richter herausgebildet haben. Die Anknüpfung ua an die Lebensverhältnisse stellt sicher, dass bei der gerichtlichen Entscheidung wie bisher auch alle Umstände des Einzelfalls Berücksichtigung finden können. Zur Sicherstellung einer zweckmäßigen und gerechten Zuweisung soll grundsätzlich derjenige Ehegatte die Wohnung behalten, der unter Berücksichtigung dieser Umstände stärker auf sie angewiesen ist. Ergänzend wird auf andere Billigkeitsgründe abgestellt. Das kann insbesondere in den Fällen Bedeutung erlangen, in denen keine Kinder vorhanden sind und sich nicht fest-

<sup>391</sup> Vgl. OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 391; OLG Schleswig NJW 1990, 2826 = FamRZ 1991, 82.

<sup>392</sup> OLG Köln FamRZ 2001, 760.

<sup>393</sup> KG NJW 1971, 1414; OLG Brandenburg FamRZ 1904, 477.

<sup>394</sup> LG Essen FamRZ 1969, 328.

<sup>395</sup> OLG Hamm FamRZ 1991, 81 (82); KG FamRZ 1991, 467 (468).

<sup>396</sup> Vgl. OLG Schleswig SchlHA 1968, 216.

<sup>397</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 1994, 1185; Zöller/*Philippi* § 620 Rn. 71, 74.

<sup>398</sup> OLG Köln FamRZ 1995, 1424 (betr. eAO). Wenn von einem derartigen Unterlassen abhängig gemacht, ist auch eine Wohnungsteilung nicht möglich: OLG Köln aaO.

<sup>399</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2003, 1305; OLG Nürnberg FamRZ 2011, 118; *Dose* Rn. 421; Zöller/*Feskorn* § 57 FamFG Rn. 10; Keidel/*Giers* § 57 Rn. 10; aA Johannsen/Henrich/*Büte* § 57 FamFG Rn. 10.

stellen lässt, ob ein Ehegatte stärker als der andere auf die Ehewohnung angewiesen ist. In diesen Fällen kommt es darauf an, ob ein Ehegatte aufgrund anderer Umstände ein besonderes und schützenswertes Interesse an der Wohnung hat, weil er beispielsweise in ihr aufgewachsen ist.

Weitere Gründe sind:

638

- Alter und Gesundheitszustand der Eheleute<sup>400</sup>
- die finanziellen Verhältnisse der Ehegatten; welcher Teil stärker auf die Ehewohnung angewiesen ist oder eher aufgrund seiner finanziellen Möglichkeiten eine geeignete Ersatzwohnung finden kann<sup>401</sup>
- der Umstand, dass ein Ehegatte die Wohnung schon vor der Eheschließung bewohnt hat<sup>402</sup>
- Eigenleistungen, die ein Ehegatte zum Aufbau der Wohnung erbracht hat<sup>403</sup>
- die Ursachen, die zum Scheitern der Ehe geführt haben, sind grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Nur in Ausnahmefällen kann ein schwerwiegendes eindeutig und klar bei einem Ehegatten liegendes Fehlverhalten in der Abwägung aller Umstände des Einzelfalls einbezogen werden
- künftige Ereignisse wie zB die bevorstehende Heirat eines Ehegatten kann berücksichtigt werden.<sup>404</sup>

§ 1568a Abs. 2 BGB erfordert eine unbillige Härte, wenn ein Ehegatte die Überlassung der Wohnung verlangt, die im Alleineigentum des anderen Ehegatten oder in dessen Miteigentum mit einem Dritten steht. Zwischen den Ehegatten wird dann im Regelfall nach Abs. 5 ein Mietvertrag zu schließen sein. 639

Eine unbillige Härte wird bejaht, wenn ein Ehegatte für sich und für die von ihm betreuten Kinder keine geeignete Wohnung finden kann, die für ihn erschwinglich ist. Auch die Nähe zum Arbeitsplatz kann von ausschlaggebender Bedeutung sein, wenn sich nur auf diese Weise die Kinderbetreuung mit der Erwerbstätigkeit vereinbaren lässt. 640

§ 1568a Abs. 3 BGB orientiert sich an der gesetzlichen Nachfolge gemäß den §§ 563, 563a BGB. Die Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn es sich bei der Ehewohnung um genossenschaftsrechtlich gebundenen Wohnraum handelt.<sup>405</sup> 641

## 2. Inhalt der eAO

Die in § 1568a Abs. 3 bis 5 BGB geregelten Folgen der Wohnungszuweisung wie Änderung des Mietvertrages oder Ansprüche auf Begründung eines Mietverhältnisses sind im Anordnungsverfahren grundsätzlich nicht anwendbar. Hier wird nur eine vorläufige Regelung des Benutzungsverhältnisses vorzunehmen sein. Wegen einer Ausnahme → Rn. 777. 642

## 3. Rechtsbehelfe

Sofortige Beschwerde nach § 57 FamFG im übrigen → Rn. 650.

643

<sup>400</sup> *Haußleiter/Schulz* § 4 Rn. 64.

<sup>401</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 1981, 1081.

<sup>402</sup> KG FamRZ 1988, 182.

<sup>403</sup> *Haußleiter/Schulz* § 4 Rn. 65.

<sup>404</sup> *Haußleiter/Schulz* § 4 Rn. 65.

<sup>405</sup> BVerfG NJW 1992, 106; OLG München FamRZ 1991, 1452.

## V. Die Besonderheiten der eAO als Gewaltschutzsache

### 1. Sachliche Voraussetzungen der eAO nach dem GewSchG

- 644 Voraussetzung des Anspruchs auf Überlassung der Wohnung zur alleinigen Benutzung setzt eine vollendete Gewalttat im Sinne des § 1 Abs. 1 oder 3 GewSchG, eine Drohung im Sinne von § 2 Abs. 6 S. 1 GewSchG sowie einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt innerhalb der letzten sechs Monate vor Antragstellung voraus. Außerdem dürfen die Ausschlusstatbestände gemäß § 2 Abs. 3 GewSchG nicht vorliegen.

### 2. Verfahrenshindernis

- 645 Im Hinblick auf die Deckungsleichheit des Regelungsbereiches des Hauptverfahrens mit dem des einstweiligen Rechtsschutzes ist es nicht möglich bei Anhängigkeit eines Ehewohnungsverfahrens nach § 1361b BGB einstweiligen Rechtsschutz nach dem GewSchG zu erwirken.
- 646 a) **Anordnungsantrag.** Vgl. dazu die Ausführungen zu → Rn. 882, 756, 676.  
Inhaltlich muss sich der Antrag mit folgenden Umständen befassen
- Verfahrensvoraussetzungen (Zuständigkeit, Regelungsbedürfnis etc.)
  - Fehlen von Verfahrenshindernissen (anderweitige Regelung)
  - Materielle Voraussetzungen
  - Keine Ausschlussgründe nach § 3 GewSchG
  - Unbillige Härte
  - Vorschlag zur Befristung in den Fällen des § 2 Abs. 2 GewSchG
  - Maßnahmen zur Sicherstellung der Nutzungsausübung
  - Ermöglichung der Vollstreckung (Vollziehung) vor Zustellung der eAO (§ 53 Abs. 2 FamFG), vor allem, wenn ein Verfahren ohne Anhörung des Gegners durchgeführt werden soll.
- 647 b) **Zuständigkeit.** Die örtliche Zuständigkeit (§ 50 FamFG) für das Hauptsacheverfahren ist im § 211 FamFG geregelt. Danach sind die Familiengerichte zuständig, in deren Bezirk die Tat begangen wurde, die gemeinsame Wohnung liegt oder der Antragsgegner seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.
- 648 c) **Regelungsbedürfnis.** Im Falle der Gewalttat ist der Anspruch auf Überlassung der Wohnung im Ganzen zur alleinigen Benutzung ohne weitere Darlegung begründet. Durch die Bezugnahme auf § 1 Abs. 3 GewSchG in § 210 FamFG wird klargestellt, dass es für die Wohnungszuweisung nicht darauf ankommt, ob der Täter der Gewalttat sich durch den Genuss geistiger Getränke oder anderer Mittel vorübergehend in einen die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit versetzt hatte.

### 3. Inhalt der eAO

- 649 Da die Anordnung der Wohnungsüberlassung den Täter gemäß § 2 Abs. 4 GewSchG verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Ausübung des Nutzungsrechtes erschweren oder vereiteln könnte, ist es ihm verboten, die Wohnung während der Dauer des Alleinnutzungsrechtes zu betreten. Das Opfer kann ermächtigt werden, die Schlösser auszutauschen. Zudem ist die Maßnahme im Falle des § 2 Abs. 2 S. 1 GewSchG zu befristen. Mitteilung an die zuständige Polizeibehörde ist geboten.

## 4. Rechtsbehelfe

Gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 FamFG ist der Beschluss mit der sofortigen Beschwerde **650** anfechtbar, unabhängig davon, ob der Antrag zurückgewiesen wurde oder ob ihm stattgegeben worden ist.

## 5. Außerkrafttreten der eAO

Die Wohnungsbenutzungs-eAO tritt außer Kraft,

**651**

- auf Grund einer Hauptsacheentscheidung (§ 56 FamFG),
  - wenn im Wohnungsbenutzungsverfahren nach § 1361b BGB, §§ 200 ff. FamFG eine Hauptsacheentscheidung ergeht: mit der Rechtskraft dieser Entscheidung (§ 209 Abs. 2 FamFG).
  - wenn im Wohnungszuweisungsverfahren nach § 1568a BGB eine Hauptsacheentscheidung über die Zuweisung der Ehewohnung ergeht: mit der Rechtskraft dieser Entscheidung (§ 209 Abs. 2 FamFG).
- auf Grund einer gerichtlichen oder außergerichtlichen Vereinbarung der Parteien über die Benutzung der Ehewohnung, und zwar ohne (zusätzliche) gerichtliche Bestätigung, da die Parteien über die Ehewohnung disponieren können.

### Praxishinweis:

Sind sofortige Maßnahmen vor Ort gegen den Täter erforderlich, sollte polizeiliche Hilfe in Anspruch genommen werden. Die sofortige Anordnung und Durchsetzung einer Entfernung des Täters aus der Wohnung gehört zum Aufgabenbereich der Gefahrenabwehr. Polizisten können sich bei ihren Vorgehen gegen den Störer auf die Generalklauseln des Polizeirechts sowie auch auf den in zahlreichen Polizeigesetzen enthaltenen sogenannten **Platzverweis** stützen. Darüber hinaus existieren mittlerweile in nahezu allen landespolizeilichen Gesetzen Bestimmungen darüber, gegen den Täter zur Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit von Bewohnern derselben Wohnung einen befristeten Wohnungsverweis zu verhängen (vgl. den Überblick in NJW 2002, 3525; ferner VerwG Karlsruhe FamRZ 2006, 788).

## VI. Der vorläufige Rechtsschutz zur Besitzsicherung gegen Verfügungen über die Ehewohnung

### 1. Schutz vor Kündigung der Ehewohnung

a) **Der Gefährdungstatbestand.** Wenn beide Ehegatten die Ehewohnung gemietet **652** haben, kann das Mietverhältnis nur durch beide Ehegatten gemeinsam gekündigt werden. Die Kündigung durch einen Ehegatten ist rechtsunwirksam.<sup>406</sup> Eines vorläufigen Rechtsschutzes zur Sicherung des Besitzes an der Mietwohnung bedarf es in diesem Fall nicht.<sup>407</sup>

Anders ist die Rechtslage in dem Fall, dass der aus der Ehewohnung **ausgezogene oder 653 ausgewiesene Ehegatte der alleinige Wohnungsmieter** ist.

**Beispiel:** Die Ehefrau hat ihrem Ehemann den Zutritt zur Wohnung verwehrt. Dieser hat für sich inzwischen eine eigene Wohnung angemietet. Er ist Alleinmieter der Ehewohnung. Da sie in Erfahrung gebracht hat, dass er sich mit dem Vermieter in Verbindung gesetzt hat, befürchtet sie, dass er das Mietverhältnis kündigen könnte.

<sup>406</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 1981, 182; AG und LG Flensburg FamRZ 1983, 1224 mAnm Brühl; Brudermüller FuR 1994, 35. Es besteht auch kein (klagbarer) Anspruch des einen Ehegatten gegen den anderen auf Mitwirkung bei der Kündigung (*Hausleiter/Schulz* 1 Rn. 80); aA AG Tübingen FamRZ 2006, 790; *Hartneck* NJWSpez 2006, 343 (344 r. Sp).

<sup>407</sup> OLG Zweibrücken FamRZ 1990, 55; *Coester* FamRZ 1993, 249 (253).

- 654 Hier ist eine von ihm allein ausgesprochene Kündigung oder ein Aufhebungsvertrag des (von ihm allein abgeschlossenen) Mietvertrages rechtswirksam mit der Folge, dass der Vermieter Räumung von dem in der Wohnung verbliebenen Ehegatten verlangen kann (§ 985 BGB). Dieser kann dem den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegensetzen,<sup>408</sup> sowie Aussetzung des Räumungsrechtsstreits (§ 148 ZPO) bis zur Entscheidung im Ehewohnungsverfahren verlangen.<sup>409</sup> Demzufolge besteht ein schutzwürdiges Interesse daran, den ausgezogenen oder ausgewiesenen Ehegatten zugunsten des auf die Wohnung gemäß § 1361b BGB angewiesenen Ehegatten an der Kündigung des Mietverhältnisses zu hindern.<sup>410</sup> Nach Rechtskraft des Scheidungsurteils ist dies durch einen Wohnungszuweisungsantrag zu erreichen, weil nach § 1568a Abs. 3 FamFG derjenige Ehegatte, dem die Wohnung überlassen wurde, mit Rechtskraft der Entscheidung im Wohnungszuweisungsverfahren in den Mietvertrag eintritt.
- 655 **b) Mittel und Art des vorläufigen Rechtsschutzes.** In das Mietverhältnis zwischen Vermieter und anderem Ehegatten kann weder im Hauptsacheverfahren nach § 1361b BGB, noch im summarischen eAO-Verfahren eingegriffen werden (vgl. oben Rn. 741). Es bleibt deshalb nur die Möglichkeit, dem anderen Ehegatten gemäß § 1361b Abs. 3 BGB<sup>411</sup> ein **Verbot der Kündigung/Aufhebung** des von ihm allein eingegangenen Mietverhältnisses aufzuerlegen. Ein solches Verbot kann vorläufig durch eAO im Verfahren zur Wohnungszuteilung (§§ 200 ff. FamFG) ausgesprochen werden, sofern dafür ein Bedürfnis (Gefahr einer Kündigung durch den Mieter-Ehegatten) besteht.<sup>412</sup> Ist der Alleinmieter-Ehegatte freiwillig aus der Ehwohnung ausgezogen und sind sich die Ehegatten darüber einig, dass der andere Ehegatte in der Ehwohnung verbleiben soll, so kann der in der Ehwohnung verbliebene Ehegatte auch ein isoliertes Verfahren auf Erlass eines Kündigungsverbots betreiben,<sup>413</sup> wofür dieselben Grundsätze gelten wie für das isolierte Begehren auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung.<sup>414</sup> Das Verbot kann auch zur Sicherung eines Anspruchs auf Wohnungszuweisung nach § 1568a BGB im Hinblick auf die Wirkungen nach Abs. 3 dieser Bestimmung ausgesprochen werden, jedoch nicht mehr nach rechtskräftiger Entscheidung im Wohnungszuweisungsverfahren (§§ 200 ff. FamFG), durch die die Rechtsverhältnisse an der Ehwohnung (auch gegenüber dem Vermieter) abschließend geregelt werden.
- 656 Hält sich der Alleinmieter-Ehegatte nicht an das Verbot und kündigt er das Mietverhältnis, so **verstößt** er gegen ein gerichtliches Verfügungsverbot (§§ 135, 136 BGB), so dass die Kündigung **rechtunwirksam** ist.<sup>415</sup>

## 2. Schutz vor Veräußerung der Ehwohnung oder Zwangsversteigerung durch Dritte

- 657 **a) Der Gefährdungstatbestand.** Sind beide Ehegatten Miteigentümer der Ehwohnung oder des Grundstücks, in dem sich die Ehwohnung befindet, so kann ein Ehegatte allein

<sup>408</sup> Vgl. BGHZ 1984, 90 = NJW 1982, 1696 betr. ein Untermietverhältnis; LG Hamburg FamRZ 2002, 818. Nach *Papenheim* (S. 93) ist die Kündigung wegen Verstoßes gegen die sich aus §§ 1353 Abs. 1, 1360 S. 1 BGB ergebenden Verpflichtungen nichtig (§ 138 BGB).

<sup>409</sup> BVerfG FamRZ 2006, 1596.

<sup>410</sup> OLG Dresden FamRZ 1997, 183.

<sup>411</sup> Vgl. *Brudermüller* FamRZ 2003, 1709 unter j.

<sup>412</sup> OLG Dresden FamRZ 1997, 183; *Johannsen/Henrich/Brudermüller* § 1361b Rn. 63; *Haußleiter/Schulz* § 1 Rn. 102; *Graba* (NJW 1987, 1721 (1724) und *Coester* (FamRZ 1993, 249 (253) sprechen von einem Verfügungsverbot.

<sup>413</sup> AA *Haußleiter/Schulz* § 1 Rn. 106; *Wever* FamRZ 2003, 566.

<sup>414</sup> *Johannsen/Henrich/Brudermüller* § 1361b Rn. 35.

<sup>415</sup> *Johannsen/Henrich/Brudermüller* aaO; *Haußleiter/Schulz* § 1 Rn. 103; *Schubmacher* FamRZ 2002, 645 (652).

nicht rechtswirksam über das Eigentum an der Ehewohnung verfügen. Der Besitz eines Ehegatten an der Ehewohnung kann deshalb durch Verfügung des anderen nur dann gefährdet werden, wenn der andere Alleineigentümer der Ehewohnung ist.

**Beispiel:** Ehemann und Ehefrau lebten zuletzt in der ehemaligen Ehewohnung getrennt, die im Alleineigentum des Ehemannes steht. Nachdem sie ihm den Zutritt zu der Wohnung verwehrt und er Kontakt zu einem Makler aufgenommen hat, befürchtet sie, dass er die Wohnung verkaufen wird.

Darüber hinaus kommt eine Besitzgefährdung durch Zwangsversteigerung von Seiten der Gläubiger des anderen (Eigentümer) Ehegatten in Betracht.

**b) Mittel und Art des vorläufigen Rechtsschutzes. aa) Güterrechtlicher Rechts-** 658  
**schutz.** Stellt sich im gesetzlichen Güterstand der **Zugewinnngemeinschaft** die Verfügung über die Ehewohnung als ein Gesamtvermögensgeschäft im Sinne des § 1365 BGB dar, so kann der Ehegatte, der mit der Verfügung,<sup>416</sup> nicht einverstanden ist, gegen den anderen Ehegatten durch eAO nach §§ 261 Abs. 2, 49 Abs. 2 FamFG ein (im Grundbuch eintragbares) Verfügungs- (Veräußerungs)verbot erwirken: → Rn. 582.

Das Verfügungsverbot schützt jedoch (nach Maßgabe der §§ 135, 136 BGB) nur gegen 659 Verfügungen durch den anderen Ehegatten, **nicht gegen eine Zwangsversteigerung**, die vonseiten seiner Gläubiger gegen den anderen Ehegatten betrieben wird. Die Gläubiger des anderen Ehegatten können nämlich nach herrschender Ansicht<sup>417</sup> gegen diesen auch dann vollstrecken, wenn der Ehegattenschuldner seinerseits gemäß § 1365 BGB nicht verfügen könnte. Eine Schutzmöglichkeit gegen Vollstreckung durch Gläubiger des anderen besteht deshalb nur unter den (sogleich zu behandelnden) Voraussetzungen der §§ 1361b, 1568a BGB.

**bb) Rechtsschutz auf Grund der §§ 1361b, 1568a BGB.** Im Hauptsacheverfahren auf 660 vorläufige Überlassung der Ehewohnung (§ 1361b BGB, §§ 200 ff. FamFG) oder auf (endgültige) Zuweisung der Ehewohnung (§§ 1568a BGB, 200 ff. FamFG) kann gegen den Wohnungseigentümer ein Veräußerungsverbot nicht erlassen werden, weil in das Eigentumsverhältnis an der Ehewohnung in diesen Verfahren nicht eingegriffen werden darf,<sup>418</sup> sondern nur eine Benutzungsregelung möglich ist, zu deren Durchsetzung es eines Veräußerungsverbotes nicht bedarf. Ein Schutz des Ehegatten, dem die Ehewohnung gemäß § 1361b BGB oder § 1568a BGB zu überlassen ist, vor Verfügungen des anderen über das Eigentum an der Ehewohnung kann nämlich in der Weise erfolgen, dass durch rechtsgestaltende richterliche Entscheidung **zwischen dem Eigentümer der Ehewohnung und dem allein- oder mitbenutzungsberechtigten Ehegatten ein Mietverhältnis** begründet wird (§§ 1361b Abs. 2, 1568a Abs. 5 BGB).<sup>419</sup> Auf die Rechte aus einem solchen Mietverhältnis an der Ehewohnung kann sich der in der Wohnung verbliebene Ehegatte auch einem Dritterwerber gegenüber berufen (§§ 571, 580 BGB).

Das Mietverhältnis mit dem anderen Ehegatten kann für die Zeit bis zur Scheidung oder 661 Zuteilung der Wohnung im anhängigen Wohnungsüberlassungs- oder Wohnungszuteilungsverfahren und auch für die Zeit danach durch eAO<sup>420</sup> begründet werden. Stellt sich ein Bedürfnis für die Begründung eines Mietverhältnisses erst nach Abschluss eines Wohnungszuweisungsverfahrens oder eines entsprechenden eAO-Verfahrens heraus, so ist eine Ergänzung der Wohnungsüberlassungsentscheidung auch noch nachträglich möglich.

<sup>416</sup> *Schubmacher* FamRZ 2002, 645 (652).

<sup>417</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 629; KG FamRZ 1992, 864.

<sup>418</sup> Schwab/*Maurer* VIII Rn. 177; *Brudermüller* FamRZ 2003, 1709 unter j; vgl. auch *Coester aaO*.

<sup>419</sup> OLG München FamRZ 1995, 1205 (1206); 2001, 1709; vgl. BVerfG FamRZ 2002, 541.

<sup>420</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 1153.

### 3. Schutz vor Zwangsversteigerung der gemeinsamen Ehewohnung durch den anderen Ehegatten

- 662 Steht die Ehewohnung oder das Grundstück, auf dem sich die Ehewohnung befindet, im Miteigentum (nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand)<sup>421</sup> der Ehegatten, so kann jeder Ehegatte die Zwangsversteigerung zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft beantragen (§ 180 Abs. 1 ZVG). Für die Teilung eines in ehelicher Vermögensgemeinschaft nach §§ 13 ff. FGB/DDR (iVm Art. 234 § 4 Abs. 2 EGBGB) stehenden Grundstückes gilt allerdings ausschließlich § 39 FGB.<sup>422</sup>
- 663 Im Güterstand der **Zugewinnngemeinschaft** stellt der Antrag auf Teilungsversteigerung eine der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürftige Verfügung dar, wenn es sich bei dem Miteigentumsanteil des die Teilungsversteigerung betreibenden Ehegatten um (nahezu) das **Vermögen im ganzen** handelt (§ 1365 BGB).<sup>423</sup> Wegen der Schutzmöglichkeit in diesem Fall → Rn. 596.
- Wegen der güterrechtlichen Schutzmöglichkeit beim Güterstand der **Gütergemeinschaft** → Rn. 586 f.
- 664 Das Recht auf Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft an dem im Miteigentum der Ehegatten stehenden Grundstück kann (ausnahmsweise) auch **rechtsmissbräuchlich** ausgeübt werden. Dies kann – bei bestehender Ehe – der Fall sein, wenn der eine Ehegatte durch die Versteigerung den äußeren, gegenständlichen Lebensbereich seiner Ehe verlieren würde und den Interessen des anderen Ehegatten an einer Versteigerung kein größeres Gewicht zukommt, als den berechtigten Interessen des Ehegatten an der Erhaltung der Ehewohnung.<sup>424</sup> Ansonsten ist der Antrag auf Teilungsversteigerung nur missbräuchlich, wenn es zu einem schlechthin unzumutbaren Ergebnis für den widersprechenden Ehegatten führen würde<sup>425</sup> oder wenn der widersprechende Ehegatte einen auf § 313 BGB beruhenden Rückgewähranspruch hat.<sup>426</sup> Vorläufige Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen alsdann wie im Fall des § 1365 BGB (verbotene Verfügung über Gesamtvermögen): → Rn. 600 ff.
- 665 Darüber hinaus kann sich der Ehegatte, dessen Besitz an der Ehewohnung durch die Versteigerung gefährdet ist, mit folgenden Mitteln wehren:
- er kann eine **einstweilige Einstellung der Teilungsversteigerung** gemäß § 180 Abs. 3 ZVG beantragen. Das setzt voraus, dass die einstweilige Einstellung zur Abwendung einer ernsthaften Gefährdung für das Wohl eines gemeinschaftlichen (auch eines volljährigen)<sup>427</sup> Kindes<sup>428</sup> erforderlich ist. Da die Bestimmung die Veräußerung nicht auf Dauer ausschließen, sondern nur eine Versteigerung zur Unzeit verhindern soll, müssen zu den allgemeinen mit einem Umzug verbundenen Unzuträglichkeiten zB Verlust des eigenen Kinderzimmers, Minderung des Lebensstandards, Umstände hinzutreten, die den Verlust des Eigentums im jetzigen Zeitpunkt als erhebliche Beeinträchtigung des

<sup>421</sup> Drischler NJW 1986, 1854.

<sup>422</sup> OLG Brandenburg FamRZ 1995, 1429; LG Erfurt FamRZ 2000, 1172.

<sup>423</sup> BGH FamRZ 2007, 1634.

<sup>424</sup> BGHZ 37, 38 = NJW 1962, 1244; vgl. *Brudermüller* FamRZ 1996, 1520; *Wever* FamRZ 2006, 365 (367).

<sup>425</sup> BVerfG NJW 2007, 2910 (Suizidgefahr); OLG Karlsruhe FamRZ 1992, 846 L; OLG Schleswig FamRZ 1995, 735 (736); OLG Frankfurt/M. FamRZ 1998, 641; OLG München FamRZ 2002, 393; vgl. *Brudermüller* FamRZ 1996, 1520 f.

<sup>426</sup> OLG Celle FamRZ 2000, 668 mit Revisionsurteil BGH FamRZ 2002, 940; LG Aachen FamRZ 2000, 669 mit abl. Anm. *Kogel* FF 2000, 177.

<sup>427</sup> LG Berlin FamRZ 1987, 1067.

<sup>428</sup> Auf Kinder einer früheren Ehe des Versteigerungsgegners kann die Bestimmung jedoch nicht ausgedehnt werden: LG Hamburg FamRZ 1988, 424; ebenso wenig auf gemeinsame Pflegekinder: BGH FamRZ 2007, 1010, deren Belange nach § 765a ZPO berücksichtigt werden können; wohl aber auf leibliche oder angenommene Kinder des Versteigerers: *Grziwotz* FamRZ 2002, 1669 (1676).