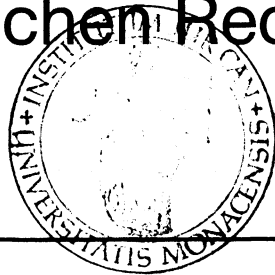


Zeitschrift für das gesamte

Familienrecht

FamRZ

Ehe und Familie im privaten
und öffentlichen Recht



Inventar-Nr.

25475

1993

40. Jahrgang

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. F. W. Bosch
Richter am BVerfG a. D. Prof. Dr. H. Brox
Vors. Richter am BayObLG Dr. H. Bürgle
Prof. Dr. H. F. Gaul
Richter am OLG a. D. Prof. Dr. H. Göppinger
Prof. Dr. P. Gottwald
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. W. J. Habscheid
Richterin am BGH Dr. M.-M. Hahne
Prof. Dr. D. Henrich
Vors. Richter am OLG Dr. G. Kernnade
Vors. Richter am BGH a. D. F. Lohmann
Vors. Richter am OLG H. Luthin
Kultusminister a. D.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. P. Mikat
Rechtsanwalt Dr. G. Schardey
Rechtsanwalt Dr. R. Schröder
Prof. Dr. D. Schwab
Vors. Richterin am OLG a. D. H. Strauß
Direktor des AmtsG S. Willutzki

in Verbindung mit der
Wissenschaftlichen Vereinigung
für Familienrecht e.V. (Bonn)

Gesamtschriftleitung

Prof. Dr. P. Gottwald
Prof. Dr. D. Henrich
Prof. Dr. D. Schwab
Weißenburgstraße 1, 93055 Regensburg

Weitere Schriftleiter

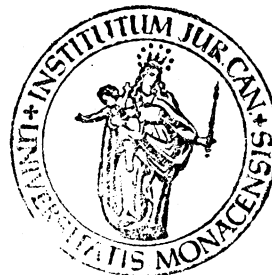
Vors. Richter am OLG Dr. G. Kernnade
Moorkamp 76, 29223 Celle
Vors. Richter am OLG H. Luthin
Schillerstraße 9, 48341 Altenberge

Verlag

Ernst und Werner Gieseking GmbH
33617 Bielefeld, Deckertstraße 30
33544 Bielefeld, Postfach 13 01 20

Inhalt

Inhalt	Seite
A. Abhandlungen	III
B. Widmung – Dokumentation	IV
C. Verfasser von Entscheidungsanmerkungen	IV
D. Besprochenes Schrifttum	V
E. Verfasser der namentlich gekennzeichneten Beiträge	VI
F. Stichwortverzeichnis	VII
G. Gesetzesverzeichnis	LV
H. Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen (geordnet nach Gerichten und Daten)	LXVI
I. Systematisches Verzeichnis der im Jahre 1993 veröffentlichten Gerichtsentscheidungen	XCI
K. Abkürzungsverzeichnis	CLIII
L. Berichtigungen	CLV



Z 39

A. Abhandlungen

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten)

Balloff, R. Becker, W.	s. Lorenzen-Linke, J. Vermögenswirksame Leistungen im Unterhaltsrecht	1032 1031	Mayer, A./ Mayer, M.	Kritik der unterschiedlichen Behandlung von vermögenswirksamen Leistungen in den unterhaltsrechtlichen Leitlinien	258
Bentert, H.	Unterhalt für die Vergangenheit – Verzug nur durch Mahnung? – Zugleich Kritik zu BGH, FamRZ 1992, 920, und dessen Besprechung bei E. Spangenberg, Nachehelicher Unterhalt und Verzug, FamRZ 1993, 23 –	890	Mayer, M. Nedopil, N./ Schreiber, L. H.	s. Mayer, A. Diskussion: Die medikamentöse Versorgung als Heilbehandlung gemäß § 1904 BGB A. Erwiderung auf den Beitrag von Schreiber, FamRZ 1991, 1014 ff. – B. Schlußwort	258 24
Binne, W.	Kindererziehung und gesetzliche Rentenversicherung – Überlegungen zum „Kindererziehungszeiten-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Juli 1992 –	516	Oberto, G.	Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts	1
Bloch, A.	Goethes „Die Wahlverwandtschaften“ (von 1809) – die Ehe im Werk und in der Wirklichkeit	1409	Oelkers, H./Kasten, H.	Zehn Jahre gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung	18
Bonefeld, M.	Unterbricht eine Überleitungsanzeige die Verjährung von Unterhaltsansprüchen? Zur Anwendbarkeit des § 52 SGBX als Verjährungsvorschrift bei überleiteten Unterhaltsansprüchen nach §§ 90, 91 BSHG a. F.	1029	Ollmann, R.	Das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung und das KJHG	869
Bosch, F. W.	Zum Erbrecht nichtehelicher Kinder: Ein verfehlter Gesetzesvorschlag – Niederschrift eines Kurzreferates vom 23. 8. 1993	1257	Peschel-Gutzeit, L. M.	Elterliche Vertretung und Minderjährigenschutz	1009
Bosch, F. W.	Erwägungen zum „Opferentschädigungsgesetz“ (OEG) in Fällen vorsätzlicher Tötung – Zur unterschiedlichen Rechtsstellung der Kinder sowie des überlebenden Ehegatten, des Verlobten oder des nichtehelichen „Lebensgefährten“ des Opfers einer Gewalttat –	1404	Peters, M.	Zum Optionsrecht nach Art. 234 § 4 EGBGB	877
Brix, M.	Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen. Zur Abgrenzung von §§ 1378 III und 1408 I BGB	12	Pfeiffer, Th.	Das gemeinschaftliche Ehegattentestament – Konzept, Bindungsgrund und Bindungswirkungen	1266
Bruch, C. S.	Erfahrungen mit dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung	745	Plattner, I. E.	Entsprechen deutsche Sorge- und Umgangsrechtsentscheidungen dem Zeitempfinden des Kindes?	384
Coeppicus, R. Coester, M.	Das Betreuungsgesetz schützt Betroffene nicht Wohnungszuweisung bei getrennt lebenden Ehegatten – Zur Reform des § 1361b BGB –	1017 249	Poll, J.	Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des amerikanischen und deutschen Rechts sechzehn Jahre nach Marvin v. Marvin –	266
Dose, M.	Medikamentöse Versorgung als Heilbehandlung gemäß § 1904 BGB	1032	von Preuschen, R.	Testamentsvollstreckung für Erbteile (Teilvollstreckung) – Eine Anmerkung zu BayObLG, FamRZ 1991, 231 ff. –	1390
Fischer-Winkelmann, W. F./Maier, R. P.	Ermittlung der unterhaltsrechtlich anrechenbaren Steuerlast bei Selbständigen: Faktische Steuerzahlung versus fiktive Steuerberechnung?	880	Rink, J.	Die Unterbringung Erwachsener durch Maßregel nach § 1846 BGB	512
Gerhardt, P.	Die Berechnung des Ehegattenunterhalts nach der Additionsmethode	261	Rösner, S./Schade, B.	Der Verdacht auf sexuellen Mißbrauch von Kindern in familiengerichtlichen Verfahren	1133
Gerhardt, P.	Wohnwert und „Drittelobergrenze“ bei der Unterhaltsberechnung	1139	Rotax, H. H.	Kindesunterhalt in Mecklenburg-Vorpommern – Überlegungen zu den Rechtsprechungsleitlinien des OLG Rostock zum Kindesunterhalt –	1143
Graba, H.-U.	Die Entwicklung des Unterhaltsrechts nach der Rechtsprechung des BGH im Jahr 1992	386	Schade, B.	s. Rösner, S.	1133
Grossfeld, B./ Schaffrath, P.	Die Sieben im Familienrecht	1014	Schaffrath, P.	s. Grossfeld, B.	1014
Gutdeutsch, W./ Zieroth, D.	Verbrauchergeldparität und Unterhalt – Bedarfskorrektur bei Auslandsberührung –	1152	Schnitzler, K.	Der Anwaltsvergleich in der familienrechtlichen Praxis	1150
Herdegen, M.	Die Aufnahme besonderer Rechte des Kindes in die Verfassung	374	Scholz, H.	Die Düsseldorfener Tabelle (Stand: 1. 7. 1992)	125
Jünger, H.	Geldanlage für Mündel und Betreute	147	Schreiber, L. H.	s. Nedopil, N.	24
Kasten, H.	s. Oelkers, H.	18	Spangenberg, E.	Nachehelicher Unterhalt und Verzug	23
Kılıç, M.	Die Reform im türkischen Familienrecht bahnt den Weg zur Gleichberechtigung	1282	Stöcker, H. A.	Pflichtteilsvereitelung durch das Landwirtschafserbrecht: ein Lösungsvorschlag de lege ferenda	1261
Kluth, W.	Der rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch als erlaubte Handlung – Anmerkung zum zweiten Fristenurteil des Bundesverfassungsgerichts –	1382	Stolz, K.	Betreuungsgesetz: Umsetzungsdefizite im Bereich Heilbehandlung und freiheitsentziehende Maßnahmen bei Heimbewohnern	642
Kunkel, P.-Chr.	Die Familiengerichtshilfe des Jugendamtes – Mitwirkung ohne Wirkung?	505	Straub, F.	Leistungen bei Schwerpflegebedürftigkeit durch die gesetzliche Krankenversicherung	28
Laier, F.	Differenzmethode oder Anrechnungsmethode?	392	Straub, F.	Pflegegeld – Klarheit bei der Anrechnung	148
Liebelt, K.-G.	Die „Aufteilung“ der Einkommensteuererstattung zwischen getrenntlebenden oder geschiedenen Ehegatten	626	Sturm, F.	Das neue Schweizer Ehegüterrecht	755
Liermann, St.	Änderungen im Adoptionsrecht	1263	Thran, M.	Leistungsverfügung und Sozialhilfe	1395
Lorenz, St.	Unbenannte Zuwendung und internationales Ehegüterrecht – Anmerkung zu BGH, Urteil v. 21. 10. 1992 – XII ZR 182/90 –, FamRZ 1993, 289 –	393	Uhlenbruck, W.	Unterhaltsansprüche in einem Restschuldbefreiungsverfahren nach dem Entwurf einer Insolvenzordnung	1026
Lorenzen-Linke, I./ Balloff, R.	Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung	1032	Vergho, C.	s. Lossen, H.	768
Lossen H./Vergho, C.	„Familienberatung bei Trennung und Scheidung“ – Modellprojekt im Familiengericht Regensburg	768	Voit, W.	Die Kombinationslebensversicherung im Zugesinnungsausgleich. Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 20. 5. 1992 – XII ZR 255/90 –, FamRZ 1992, 1155	508
Mackscheidt, E.	Loyalitätsproblematik bei Trennung und Scheidung – Überlegungen zum Kindeswohl aus familientherapeutischer Sicht –	254	Wax, P.	Zur Dogmatik des Unterhaltsanspruchs	22
Maier, R. P.	s. Fischer-Winkelmann, W. F.	880	Wiesner, R.	Änderungen im Kinder- und Jugendhilferecht	497
Maurer, H.-U.	Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung und Streit über den Kindesunterhalt	263	Wohlgemuth, A.	Die Kodifikation des Adoptionsrechts in der Volksrepublik China	149
			Wolf, U.	„Gesetzliche Gewaltverhältnisse“, ordre public und Kindeswohl im internationalen Privatrecht	874
			Zettner, R.	Der Umfang der Trennungs- und Scheidungsberatung nach dem neuen KJHG	621
			Zieroth, D.	s. Gutdeutsch, W.	1152
			Zupančič, K.	Die Bestimmungen familienrechtlicher Natur in der Verfassung der Republik Slowenien (1991)	761

B. Widmung – Dokumentation

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten)

Widmung

Zum Gedenken an Hans Dölle	1034
Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag (<i>D. Schwab</i>)	771

Dokumentation (Allgemein)

Zum 40. Jahrgang der FamRZ (<i>D. Schwab</i>)	373
An die Leserinnen und Leser der FamRZ	1381
Richter auf Probe als Familienrichter (<i>K. Schmitzler</i>)	274
Entscheidungen des BVerfG im Jahre 1993	652
Einigung über neues Namensrecht	651
Reform des Kindschaftsrechts – BT-Drucks. 12/4024, v. 17. 12. 1992 –	278
Thesen zur Reform des Kindschaftsrechts (<i>DFGT – Sorgerechtskommission</i>)	1164
Stellungnahme des Deutschen Familiengerichtstags e. V. – Sorgerechtskommission – zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des § 1631 BGB (Mißhandlungsverbotsgesetz) des Bundesministeriums der Justiz vom 6. April 1993 (<i>DFGT – Sorgerechtskommission</i>)	1167

Dokumentation zum Unterhaltsrecht

Verbrauchergeldparitäten und Devisenkurse ausgewählter Länder	1158
Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate des Kammergerichts – Berichtigung – (<i>W. Becker</i>)	278
Leitlinien zum Unterhalt – Stand: 1. 12. 1992. Herausgegeben von den Senaten für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf	35
Unterhaltsrechtliche Grundsätze des Oberlandesgerichts Rostock zum Kindesunterhalt, Stand: 1. 4. 1993 (<i>H. H. Rotax</i>)	776

Vorsorgeunterhalt

Bremer Tabelle zur Berechnung des Altersvorsorgeunterhalts – Stand: 1. 1. 1993 (<i>W. Gutdeutsch</i>)	274
Altersvorsorgeunterhalt – Tabellarische Übersicht auf der Grundlage der Bremer Tabelle (<i>W. Gutdeutsch/H. Hampel</i>)	275

Versorgungsausgleich

Monatliche Bezugsgrößen (§ 18 SGBIV) und Grenzwerte im Versorgungsausgleich (<i>D. Schmeiduch</i>)	153
Rechengrößen zur Durchführung des Versorgungsausgleichs in der gesetzlichen Rentenversicherung	154
Rechengrößen zur Durchführung des Versorgungsausgleichs	776

Sozialrecht

Verordnung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung für 1993 (Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 1993) vom 22. Dezember 1992 (BGBl I 2474)	151
5. Rentenanpassungsverordnung [5. RAV] vom 8. Dezember 1992 (BGBl I 1998)	153
Rentenanpassungsverordnung 1993 [RAV 1993] vom 9. Juni 1993 (BGBl I 917)	1038
Entwicklung des Kindergeldes seit 1975	156
Regelsätze nach § 22 BSHG	1288

Steuerrecht

Steuerliche Anerkennung von Darlehensverträgen zwischen Angehörigen [BStBl 1992 I 729]	276
--	-----

Laufende Rubriken

Gesetzgebung (<i>D. Zieroth</i>)	38, 156, 273, 399, 528, 648, 774, 894, 1039, 1156, 1287
Mitteilungen des Statistischen Bundesamtes	39, 157, 400, 529, 653, 1041, 1289
Veranstaltungshinweise	281, 401
Schrifttums-Hinweise	39, 157, 281, 402, 529, 654, 777, 894, 1041, 1169, 1289, 1415
Preise und Preisindizes für die Lebenshaltung	41, 159, 283, 403, 531, 655, 779, 897, 1043, 1171, 1291, 1417
Preisindex für die Lebenshaltung in den fünf neuen Bundesländern	42, 160, 284, 404, 532, 656, 780, 898, 1044, 1172, 1292, 1418
Preisindex für die einfache Lebenshaltung eines Kindes	404, 532, 656, 780, 898, 1044, 1172, 1292, 1418

C. Verfasser von Entscheidungsanmerkungen

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten)

<i>Bienwald, W.</i>	219	§ 12 FGG: Amtsermittlung betr. Feststellung der Mittellosigkeit des Mündels – § 1835 IV BGB: Kein Aufwendungsersatz aus Staatskasse, wenn Mittellosigkeit eines Mündels weder pos. noch neg. festgestellt werden kann	<i>Fischer, R.</i>	732	§ 1603 I BGB: Leistungsfähigkeit einer ihrer Mutter unterhaltspflichtigen Ehefrau
<i>Bosch, F. W.</i>	308	§§ 51 II, 85 II, 323 ZPO: Zurechnung des Verschuldens des gesetzlichen oder gerichtlichen Vertreters in Kindschaftssachen	<i>Giers, M.</i>	991	§§ 70 V S. 2, 70h FGG: Abgabe einer Unterbringungssache schon nach Erlaß einer einstweiligen Anordnung (ohne vorherige Anhörung)
<i>Bosch, F. W.</i>	485	§ 1934d BGB, Art. 235 § 1 II EGBGB: Vorzeitiger Erbausgleich in deutsch-deutschen Fällen	<i>Haas, U.</i>	610	Art. 25 I EGBGB: Anknüpfung der Ehe im Rahmen des Erbrechtsstatuts
<i>Compes, A.</i>	170	§ 1578 BGB: Einkommensermittlung bei Selbständigen – Art. 3 I, 103 I GG: Verwertbarkeit von Tatsachen vor Gericht	<i>Heldmann, H.</i>	988	§ 3 V, 20 III AuslG, 16a FGG: Beachtung der Sorgerechtsübertragung des Heimatstaates bei Beschränkung des genehmigungsfreien Aufenthalts für ein Kind
<i>Dodegge, G.</i>	1348	§§ 1631b, 1906 IV BGB: Zur Genehmigungspflichtigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen bei Minderjährigen	<i>Henrich, D.</i>	235	§§ 1751 I BGB, 87 III KJHG: Örtliche Zuständigkeit des Jugendamtes als Vormund nach § 1751 I BGB (hier: bei ausländ. Kind)
<i>Ewers, F. G.</i>	853	§§ 1906 IV, 1837 II BGB: Verhältnis Betreuer – VormG (hier: Fixierung des Betreuten)	<i>Henrich, D.</i>	436	§ 1587c Nr. 1 BGB, Art. 17 III S. 2 Nr. 1 EGBGB: VersAusgl zw. ital. Ehegatten – Billigkeitsabwägung

<i>Henrich, D.</i>	846	§§ 1666, 1705 BGB, 50a, 50b FGG: Entziehung des Sorgerechts einer ne. Mutter – Nochmalige Anhörung im Beschwerdeverfahren	<i>Rumpf, Chr.</i>	1210	Art. 132, 152 II türk. ZGB: Böswilliges Verlassen als Scheidungsgrund – Getrenntleben bei nicht aufgenommenener ehel. Gemeinschaft
<i>Kleinwegger, J.</i>	985	§§ 567, 628 ZPO: Unzulässigkeit der Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrags, das Verfahren über den VersAusgl abzutrennen	<i>Schilken, E.</i>	1228	§ 850f Ia ZPO: Pfändungsfreibetrag in Höhe des Sozialhilfebedarfs
<i>Klüsener, B.</i>	986	Art. 9 § 5 II S. 3 BtG, § 65a FGG: Zur Abgabe in Betreuungssachen – Entscheidungsbefugnis des Rechtspflegers	<i>Schmeiduch, D.</i>	812	§§ 1587c, 1587h BGB: Herabsetzung des Ausgleichsanspruchs wegen langer Trennung – § 1587g II BGB: Bemessung des schuldrechtl. Ausgleichsanspruchs unter Abzug des Krankenversicherungsbeitrags
<i>Listl, J.</i>	326	§ 549 II BGB: Keine Duldung einer ne. Lebensgemeinschaft durch kirchlichen Vermieter	<i>Tiedtke, K.</i>	431	§§ 138, 607 BGB: Zur Frage der Sittenwidrigkeit der Mitverpflichtung der Ehefrau für Geschäftskredit des Ehepartners
<i>Luthin, H.</i>	463	§ 1671 BGB: Gemeinsames Sorgerecht auch gegen den Willen eines Elternteils	<i>Wattenberg, A.</i>	743	§§ 7 I, 7 II BAföG: Berechnung der dreijährigen Mindestförderzeit – Kein Förderungsanspruch nach § 7 I BAföG, wenn Ausbildung (auch vor Ablauf der Dreijahresfrist) ohne „wichtigen Grund“ abgebrochen wird
<i>Luthin, H.</i>	730	§ 1634 BGB: Umgangsbefugnis auch gegen den Willen des Kindes und des anderen Elternteils	<i>Zenger, S.</i>	595	Art. 22 EGBGB, §§ 16a FGG, 1741 BGB: Voraussetzungen der Wiederholung einer ausländ. Adoption
<i>Luthin, H.</i>	730	§§ 1603, 1609, 1360 f. BGB: Unterhalt für volljähriges Kind – Bedarf des Ehegatten	<i>Zieroth, D.</i>	82	§§ 121 II S. 2 ZPO, 126 I S. 2 BRAGO: Reisekosten für auswärtigen RA, der „zu den Bedingungen eines ortsansässigen RA“ beigeordnet ist
<i>Luthin, H.</i>	832	§ 1671 BGB: Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf einen Elternteil bei im übrigen gemeinsamem Sorgerecht			
<i>Luthin, H.</i>	851	§§ 1898, 1908b BGB: Entlassung des Betreuers auch bei Widerruf der Bereiterklärung			
<i>Rumpf, Chr.</i>	1209	Art. 134 türk. ZGB: Klagebefugnis für Scheidung nach türk. Recht			

D. Besprochenes Schrifttum

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten, in Klammern der Rezensent)

<i>Albers: s. Baumbach</i>	1414	<i>Hänlein: Die Heranziehung Unterhaltspflichtiger bei langwährender Pflegebedürftigkeit Volljähriger nach BSHG und BGB (Fuchs)</i>	1037
<i>Albrecht: Die steuerliche Behandlung deutsch-englischer Erbfälle (App)</i>	647	<i>Hartmann: s. Baumbach</i>	1414
<i>Alston/Parker/Seymour (Hg.): Children, Rights and the Law (Schwenzer)</i>	1036	<i>von Heintschel-Heinegg/Gerhardt: Materielles Scheidungsrecht, 2. Aufl. (Bergerfurth)</i>	772
<i>Aymans: s. Kanonisches Recht</i>	1035	<i>von Heintschel-Heinegg: Das Verfahren in Familiensachen, 2. Aufl. (Bergerfurth)</i>	772
<i>Baloff: Kinder vor Gericht: Opfer, Täter, Zeugen (Luthin)</i>	34	<i>Henrich: s. Johannsen</i>	645
<i>Baumbach (†)/Lauterbach (†)/Albers/Hartmann: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen. Kommentar, 51. Aufl. (von Heintschel-Heinegg)</i>	1414	<i>Hohnerlein: Internationale Adoption und Kindeswohl. Die Rechtslage von Adoptivkindern aus der Dritten Welt in der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu anderen europäischen Ländern (Samleben)</i>	32
<i>Beissingert: s. Möhring</i>	398	<i>Hoppenz: Familiensachen. Kommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 4. Aufl. (Bergerfurth)</i>	31
<i>Beitzke/Lüderitz: Familienrecht. Ein Studienbuch, 26. Aufl. (Büttner)</i>	31	<i>Igl: s. Dahlem</i>	399
<i>Bergerfurth: Der Ehescheidungsprozeß und die anderen Eheverfahren, 8. Aufl. (Lipp)</i>	1286	<i>Johannsen/Henrich: Ehe recht. Scheidung, Trennung, Folgen, 2. Aufl. (Bergerfurth)</i>	645
<i>Bienwald: Betreuungsrecht. Kommentar zum BtG/BtBG (Zimmermann)</i>	32	<i>Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hg.): Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung (von Heintschel-Heinegg)</i>	1034
<i>Borth: Versorgungsausgleich in anwaltschaftlicher und familiengerichtlicher Praxis, 2. Aufl. (Friederici)</i>	1037	<i>Kanonisches Recht. Lehrbuch auf Grund des Codex Iuris Canonici, Bd. I, 13. Aufl., begr. v. Eichmann, fortgef. v. Mörsdorf, Neubearb. v. Aymans (Otto)</i>	1035
<i>Bydlinski: Kostenersatz im Zivilprozeß. Grundfragen des Kostenrechts und praktische Anwendung (Becker-Eberhard)</i>	527	<i>Kentgens: Der Auskunftsanspruch im Familienrecht (van Els)</i>	772
<i>Dahlem/Giese/Igl/Klie: Das Heimgesetz. Kommentar, 14. Lfg. (Coeppius)</i>	399	<i>Klein: s. Maunz</i>	525
<i>Draschka: Vorweggenommene Erbfolge und Pflichtteilergänzung (Reiff)</i>	892	<i>Klein (Hg.): Neue Rechtsprechung zum Familienrecht (Christl/Jahl)</i>	1413
<i>Eichmann: s. Kanonisches Recht</i>	1035	<i>Klie: s. Dahlem</i>	399
<i>Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender: Wohnungsbaurecht. Bd. 5: Mietrecht – Heizkostenverordnung – Modernisierung (Bosch)</i>	1284	<i>Klingelhöffer: s. Möhring</i>	398
<i>Ganter: Praktische Einführung in das Familienrecht, 2. Aufl. (van Els)</i>	271	<i>Klingelhöffer: Die Ehescheidung des Unternehmers (Weiser)</i>	772
<i>Gerhardt: s. von Heintschel-Heinegg</i>	772	<i>Knittel: Betreuungsgesetz. Kommentar, Loseblattausgabe (Zimmermann)</i>	398
<i>Giese: s. Dahlem</i>	399		
<i>Grziwotz: Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche Lebensgemeinschaft (Langenfeld)</i>	272		

<i>Kopp</i> : Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 9. Aufl. (<i>Becker</i>)	1286	<i>Rahm</i> (†)/ <i>Künkel</i> (Hg.): Handbuch des Familiengerichtlichen Verfahrens, 20. Lfg. (<i>Brüggemann</i>)	271
<i>Künkel</i> : s. <i>Rahm</i>	271	<i>Rebmann/Säcker</i> (Hg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8: Familienrecht II, 3. Aufl. (<i>Fuchs</i>)	396
<i>Lachwitz</i> : s. <i>Neumann</i>	773	<i>Reichelt</i> : Verfahren, Zulässigkeit und Auswirkungen der DNA-Technologie (genetischer Fingerabdruck) auf den Anwendungsbereich der Vaterschaftsvermutung im Rahmen des § 1600o II BGB (<i>Mutschler</i>)	1156
<i>Lauterbach</i> : s. <i>Baumbach</i>	1414	<i>Säcker</i> : s. <i>Rebmann</i>	396
<i>Lüderitz</i> : s. <i>Beitzke</i>	31	<i>Schellhammer</i> : Zivilprozeß. Gesetz – Praxis – Fälle. Ein Lehrbuch. 5. Aufl. (<i>Vollkommer</i>)	526
<i>Lüke/Walchshöfer</i> (†) (Hg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Bd. I: §§ 1–354 (<i>Zimmermann</i>)	1038	<i>Schmidt-Bleibtreu</i> : s. <i>Maunz</i>	525
<i>Lüke/Walchshöfer</i> (†) (Hg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Bd. II: §§ 355–802 (<i>Zimmermann</i>)	1155	<i>Schmidt-Koddenberg</i> : s. <i>Oberloskamp</i>	32
<i>Lüke/Walchshöfer</i> (†) (Hg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Bd. III: §§ 803–1048 ZPO, EGZPO, GVG, EGGVG, Internationales Zivilprozeßrecht (<i>Zimmermann</i>)	1414	<i>Scholz</i> : Unterhaltsvorschußgesetz. Kommentar mit Einführung und ergänzenden Vorschriften, 2. Aufl. (<i>van Els</i>)	272
<i>Maclean</i> : s. <i>Weitzmann</i>	1036	<i>Schulin</i> : s. <i>Neumann</i>	773
<i>Maier</i> : Steuersparen mit Kindern, 2. Aufl. (<i>App</i>)	34	<i>Schulin</i> : Sozialrecht. Ein Studienbuch, 4. Aufl. (<i>Trenk-Hinterberger</i>)	151
<i>Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer</i> : Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar (<i>Becker</i>)	525	<i>Schulze zur Wiese</i> : Vereinbarungen unter Familienangehörigen und ihre steuerlichen Folgen, 7. Aufl. (<i>Langenfeld</i>)	647
<i>Möhring/Beisswinger/Klingelhöfer</i> : Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlaßsachen, 7. Aufl. (<i>Zimmermann</i>)	398	<i>Schwender</i> : s. <i>Fischer-Dieskau</i>	1284
<i>Mörsdorf</i> : s. Kanonisches Recht	1035	<i>Seymour</i> : s. <i>Alston</i>	1036
<i>Müller/Traxel</i> : Trennung und Scheidung im Zivil- und Steuerrecht (<i>App</i>)	1286	<i>Traxel</i> : s. <i>Müller</i>	1286
<i>Müller-Dietz</i> : s. <i>Jung</i>	1034	<i>Trenk-Hinterberger</i> : s. <i>Neumann</i>	773
<i>Müller-Dietz</i> : Grenzüberschreitungen. Beiträge zur Beziehung zwischen Literatur und Recht (<i>von Heintschel-Heinegg</i>)	1034	<i>Troll</i> : Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuer-Gesetz. Kommentar Loseblattausgabe, 4. Aufl. (<i>App</i>)	34
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: s. <i>Rebmann</i>	386	<i>Ulsamer</i> : s. <i>Maunz</i>	525
Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung: s. <i>Lüke</i>	1038, 1155, 1414	<i>Vespermann</i> : Familiensachen. Bd. 1: Scheidungs- und Scheidungsverbundverfahren. Bd. 2: Unterhalt außerhalb des Scheidungsverbundes. Diktat- und Arbeitshandbuch für Rechtsanwälte, 4. Aufl. (<i>von Heintschel-Heinegg</i>)	525
<i>Neumann</i> : s. <i>Jung</i>	1034	<i>Wagner</i> : Einführung in das Recht für Sozialarbeiter und Sozialpädagogen, 3. Aufl. (<i>Bienwald</i>)	771
<i>Neumann/Schulin/Lachwitz/Trenk-Hinterberger</i> : Reform des Rehabilitationsrechts (Sozialgesetzbuch Band IX). Anforderungen aus der Sicht geistig behinderter Menschen (<i>Schulte</i>)	773	<i>Walchshöfer</i> : s. <i>Lüke</i>	1038, 1155, 1414
<i>Oberloskamp/Schmidt-Koddenberg/Zieris</i> : Hauptamtliche Betreuer und Sachverständige (<i>Zimmermann</i>)	32	<i>Weitzmann/Maclean</i> (Hg.): Economic Consequences of Divorce. The International Perspective (<i>Schwenzer</i>)	1036
<i>Oberto</i> : I regimi patrimoniali della famiglia di fatto [Das Vermögensrecht der faktischen Familie] (<i>Jayne</i>)	272	<i>Zieris</i> : s. <i>Oberloskamp</i>	32
<i>Parker</i> : s. <i>Alston</i>	1036	<i>Zimmermann</i> : „Quos Titius voluerit“ – Höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers oder „power of appointment“? (<i>Leipold</i>)	646
<i>Pergande</i> : s. <i>Fischer-Dieskau</i>	1284	<i>Zimmermann</i> : Betreuungsrecht (<i>Bienwald</i>)	398

E. Verfasser der namentlich gekennzeichneten Beiträge

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten)

A = Abhandlung; B = Buchbesprechung; D = Dokumentation; E = Entscheidungsanmerkung; N = Nachruf; W = Widmung

App, M. 34 B, 34 B, 647 B, 1286 B

Balloff, R. 1032 A

Becker, H. J. 525 B, 1286 B

Becker, W. 278 D, 1031 A

Becker-Eberhard, E. 527 B

Bentert, H. 890 A

Bergerfurth, B. 31 B, 645 B, 772 B

Bienwald, W. 219 E, 398 B, 771 B

Binne, W. 516 A

Bloch, A. 1409 A

Bonefeld, M. 1029 A

Bosch, F. W. 308 E, 485 E, 1257 A, 1284 B, 1404 A

Brix, M. 12 A

Bruch, C. S. 745 A

Brüggemann, D. 271 B

Büttner, H. 31 B

Christl, G. 1413 B

Coepicus, R. 399 B, 1017 A

Coester, M. 249 A

Compes, A. 170 E

Dodegge, G. 1348 E

Dose, M. 1032 A

van Els, H. 271 B, 272 B, 772 B

Ewers, F. G. 853 E

Fischer, R. 732 E

Fischer-Winkelmann, W. F. 880 A

Friederici, P. 1037 B

Fuchs, M. 396 B, 1037 B

Gerhardt, P. 261 A, 1139 A

Giers, M. 991 E

Graba, H.-U. 386 A

Grossfeld, B. 1014 A

Gutdeutsch, W. 274 D, 275 D, 1152 A

Haas, U. 610 E

Hampel, H. 275 D

von Heintschel-Heinegg, B. 525 B, 1034 B, 1034 B, 1414 B

Heldmann, H. 988 E

Henrich, D. 235 E, 436 E, 846 E

Herdegen, M. 374 A

Jahl, J. 1413 B

Familienrecht

Begründet von Friedrich Wilhelm Bosch

Gesamtschifftleitung:

Professor Dr. P. Gottwald
Professor Dr. D. Henrich
Professor Dr. D. Schwab
Weißenburgstraße 1, 8400 Regensburg

Weitere Schifftleiter:

Vors. Richter am OLG Dr. G. Kernade, Moorkamp 76, 3100 Celle
Vors. Richter am OLG H. Luthin, Schillerstraße 9, 4417 Altenberge

Wohnungszuweisung bei getrennt lebenden Ehegatten

– Zur Reform des § 1361b BGB –

Von Prof. Dr. Michael Coester, Göttingen

I. Grundkonzeption des § 1361b¹⁾; richterliche „Eintrittsschwelle“²⁾

Ehegatten haben das Recht zum Mitbesitz an den der ehelichen Lebensführung dienenden Sachen, ungeachtet deren dinglicher oder schuldrechtlicher Zuordnung (§ 1353 I S. 2). Bei Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft bedarf es einer Anpassung der Besitz- und damit Benutzungsberechtigung, vorrangig durch die Gatten selbst. Schon aus Art. 6 I GG (Schutz von Ehe und Familie) folgt jedoch eine Pflicht des Gesetzgebers, bei einigungsunfähigen Ehegatten die Möglichkeit staatlich-schlichtender Konfliktbefriedigung bereitzustellen, denn bei Hausrat und Wohnung geht es um die sachlichen Lebensgrundlagen der Familienangehörigen. Darüber hinaus kann staatliche Intervention aus Gründen des Individualschutzes (Art. 1, 2 GG) geboten sein – eine Erkenntnis, die insbesondere bei Streitigkeiten in und um die Ehwohnung Bedeutung gewinnt und die dem § 1361b zugrunde liegt.

Das Ob und Wie einer Normierung staatlicher Eingriffsmöglichkeiten hinsichtlich der Ehwohnung muß auf einer umfassenden rechtspolitischen Analyse und Abwägung der beteiligten Interessen beruhen, wenn die Norm grundsätzlich überzeugend wirken und im Einzelfall sachgerechte Entscheidungen gewährleisten soll. Dies scheint bei § 1361b nicht vollständig gelungen zu sein.

1. Interessenabwägung

Die Gesetzesmaterialien zu § 1361b und die Rechtsdiskussion zu dieser Vorschrift schöpfen die Regelungsproblematik nicht voll aus. Zwei Fragenkreise stehen herkömmlich im Vordergrund:

(1) Zunächst die Überlegung, wie eine richterliche Wohnungszuweisung auf die Ehe der Betroffenen wirkt – *destabilisierend* als Drittintervention und Sanktionierung der Trennungstendenzen, oder eher *versöhnungsfördernd* durch Separierung der sich wie zwei Boxer im „Clinch“ befindlichen Ehegatten³⁾. Diese Abwägung hält sich im Rahmen des Art. 6 I GG, der so-

wohl ehefeindliche Staatsintervention verbietet wie umgekehrt ehestabilisierende Maßnahmen gebietet. Gegenüber dem offenkundigen Destruktionspotential richterlicher Wohnungszuweisung haben sich die Gesetzesverfasser betont auch auf die positiven Wirkungsmöglichkeiten berufen, um § 1361b zu rechtfertigen⁴⁾. Die Literatur hat dies eher skeptisch aufgenommen⁵⁾.

(2) Ungeachtet dieser Divergenzen geht man jedoch weitgehend übereinstimmend davon aus, daß dem § 1361b folgende Abwägungsfrage zugrunde liegt, die auch die „Eintrittsschwelle“ für den Richter vorzeichnet: Wann müssen die interventionsfeindlichen Gesichtspunkte von Eheschutz und Familienautonomie dem im Einzelfall notwendigen Persönlichkeitsschutz eines Gatten (vor Mißhandlungen etc.) weichen? Die mit der Formulierung „schwere Härte“ in § 1361b I S. 1 hoch angesetzte Eintrittsschwelle sollte in diesem Sinne sowohl das Hineinziehen des Richters in „normale“ eheliche Auseinandersetzungen wie auch die Destabilisierung einer Ehe durch verfrühte staatliche Intervention verhindern.

Mit dieser Gegenüberstellung von (zurückhaltungsheischendem) Gemeinschaftsschutz und (interventionsheischendem) Individualschutz ist das Problemfeld jedoch nicht voll erfaßt. Da der Aspekt des Gemeinschaftsschutzes, wie oben angedeutet, eher ambivalent ist, kann er allein eine so weitgehende Zurücksetzung des Individualschutzes eines bedrängten Ehegatten nicht rechtfertigen. Mit einzubeziehen in die Güterabwägung ist vielmehr auch das Individualinteresse des anderen Ehegatten am Erhalt seiner räumlich-gegenständlichen sowie sozialen Lebensbasis. So unzweifelhaft dieses Interesse bei groben Verletzungen

¹⁾ Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

²⁾ Formulierung aus den Gesetzesmaterialien, BT-Drucks. 10/2888, S. 16.

³⁾ BT-Drucks. 10/2888, S. 16; *Soergel/Lange*, BGB, 12. Aufl., § 1361b Rz. 2; *MünchKomm/Wacke*, BGB, 2. Aufl., § 1361b Rz. 2; *Johannsen/Henrich/Voelskow*, Eherecht, § 1361b Rz. 3, 4.

⁴⁾ BT-Drucks. 10/2888, S. 16.

⁵⁾ *Bergerfirth*, FamRZ 1985, 545, 548; *RGRK/Kalthoener*, BGB, 12. Aufl., § 18a HausrVO Rz. 22; *Johannsen/Henrich/Voelskow* [Fn. 2], § 1361b Rz. 4.

der persönlichen Integrität seines Ehegatten verwirkt ist, so eindeutig bedarf andererseits der andere Gatte des Schutzes davor, daß er als nunmehr ungeliebter und lästiger Mitbewohner auf Grund bloßer Anschuldigungen aus seiner bisherigen Lebenswelt hinausgedrängt wird. Das Familiengericht fungierte dabei als (mißbrauchtes) Instrument im Rahmen der Verdrängungsstrategie des Antragstellers. Das Vorkommen solcher Fälle kann nicht als unwahrscheinlich angesehen werden⁵⁾, es wird (unabsichtlich) gefördert durch Wohnungsämter, die verheiratete Personen dazu drängen, den Antrag nach § 1361b zu stellen, bevor eine Registrierung als „wohnungssuchend“ in Betracht kommt⁶⁾.

Das Erhaltungsinteresse des anderen Gatten kann ebenso fundamentales Gewicht erlangen wie das eines Gatten, der ständig körperlichen und seelischen Übergriffen ausgesetzt ist: In Regionen mit engem Wohnungsmarkt bedeutet die Ausweisung aus der Ehwohnung häufig Obdachlosigkeit, insbesondere bei Ausländern⁷⁾. Hinzutreten können soziale Entwurzelung oder auch berufliche Probleme⁸⁾.

Entscheidungsleitende Bedeutung kommt demnach weniger der Abwägung Gemeinschaftsinteresse/Individualschutz zu, sondern der *Abwägung zwischen den widerstreitenden Individualinteressen der Gatten*. Folgerichtig spekuliert die familiengerichtliche Praxis in Verfahren gemäß § 1361b durchweg nicht über eheliche Versöhnungschancen, sondern konzentriert sich auf die Angemessenheit bzw. Zumutbarkeit, einem Gatten die Wohnung allein zuzuweisen und damit den anderen „vor die Tür zu setzen“.

Die „Eintrittsschwelle“ für die richterliche Intervention in § 1361b hat also eine doppelte Rechtfertigung. Allerdings läßt sie sich auf Grund der vorstehenden Interessenanalyse auch genauer bezeichnen, als dies im bisherigen Normtext der Fall ist, und öffnet sich für praktisch wichtige Relativierungen. Dabei wird zu unterscheiden sein zwischen der *materiellen Eingriffsschwelle* (unten 2.) und den *Beweisanforderungen* (*Beweismaß*), die an die Erfüllung dieser materiellen Voraussetzungen zu stellen sind (unten 3.).

2. Materielle Eintrittsschwelle

Aus der bisherigen Interessenanalyse ergibt sich die Konsequenz, daß die familiengerichtliche Eingriffsschwelle in § 1361b nicht starr und einheitlich für alle Fälle festgelegt werden kann – auch wenn hierzu unbestimmte Rechtsbegriffe mit weitem Deutungsspielraum verwendet werden wie „schwere Härte“. Vielmehr ist die Schwelle von Fall zu Fall unterschiedlich je nach dem Gewicht der für und wider eine Wohnungszuweisung sprechenden Interessen. Insoweit können typische Sachverhaltsgestaltungen unterschieden werden.

a) Zunächst ist festzuhalten, daß nur der *Integritätsschutz eines bedrängten Gatten*, also sein Schutz vor unzumutbaren Übergriffen in seine körperliche und seelische persönliche Integrität einen Eingriff in Eheleben und Wohnrecht des anderen Gatten rechtfertigen kann. Die „Duldungsgrenze“ eines Teils mag heraufgesetzt sein, wenn er selbst derartige Übergriffe in das Persönlichkeitsrecht des anderen begangen hat⁹⁾. Auch rein psychische Integritätsverletzungen können ausreichen (z. B. fortgesetzte Demütigungen und Erniedrigungen). Eine – zumindest theoretisch – klare Grenzlinie verläuft jedoch dort, wo ein Gatte es mit seinem Partner „einfach nicht mehr aushält“, ohne daß von diesem Integritätsverletzungen der bezeichneten Art ausgehen. Der subjektive Trennungswunsch kann auch in diesen Fällen zwingende Kraft entfalten – er kann dennoch nicht durch Ausweisung des anderen aus der Ehwohnung, sondern nur durch eigenes Weggehen realisiert werden¹⁰⁾. Hierdurch wird zwar u. U. der „dickfelligere“ Teil begünstigt; die Wohnungszu-

weisung nach § 1361b ist aber konzeptionell weder Kampfinstrument im Rahmen der ehelichen Auseinandersetzung noch der Ort, wo über Schuld oder Nichtschuld an der Ehezerüttung zu richten ist¹¹⁾. Allenfalls das Vorhandensein minderjähriger Kinder kann geeignet sein, diese Grenzlinie zu verschieben¹²⁾. Weitere Differenzierungen ergeben sich aus den tatsächlichen Verhältnissen:

b) Ist die *Trennung der Gatten schon seit längerem vollzogen und verfestigt*, kommt der Möglichkeit destabilisierender Wirkung einer gerichtlichen Wohnungszuweisung praktisch keine Bedeutung mehr zu – die Eingriffsschwelle ist *merklich niedriger* als bei noch zusammenlebenden Ehegatten¹³⁾.

c) Ist der (potentiell) *weichende Gatte schon anderweitig untergekommen oder besteht für ihn eine akzeptable Wohnalternative*, so wiegt sein „Erhaltungsinteresse“ wesentlich geringer, als wenn er ins Ungewisse, möglicherweise in die Obdachlosigkeit verwiesen werden müßte¹⁴⁾. Die Absenkung der Eintrittsschwelle im erstgenannten Fall gilt auch, wenn *innerhalb der Ehwohnung* für beide Seiten angemessene Aufteilungsmöglichkeiten bestehen¹⁵⁾. In einem solchen Fall wird umgekehrt die Eingriffsschwelle für eine Alleinzuweisung der gesamten Wohnung erhöht, ihre Erforderlichkeit zum Schutze des Antragstellers wird besonderer Begründung bedürfen.

d) Die Situationen b) und c) können, müssen aber nicht zusammenfallen – leben die Ehegatten seit längerem getrennt und begehrt der zunächst freiwillig ausgezogene Teil nunmehr die Ehwohnung¹⁶⁾, ist das Eheschutzargument abgeschwächt (oben b), nicht aber das Erhaltungsinteresse des Antragsgegners (oben c). Ist jedoch die Trennung verfestigt *und* der Antragsgegner anderweitig untergekommen, dann schrumpft die Eintrittsschwelle des § 1361b I – bei Abwesenheit anderer Gesichtspunkte wie insbesondere dinglicher Alleinberechtigung eines Gatten – zu einer *freien Billigkeitsabwägung* i. S. des § 2 HausVO¹⁷⁾.

e) Die *dingliche Berechtigung eines Gatten* an der Ehwohnung wirkt ambivalent: Auf seiten des *Antragstellers* führt sie zu einer wesentlichen Herabsetzung der Eingriffsschwelle, so daß nur eine „Härte“ auf seiten des anderen Teils die regelmäßig gebotene Zuweisung an den dinglich Berechtigten hindern kann¹⁸⁾. Auf seiten des *Antragsgegners* hat der Gesetzgeber eine gegenüber § 3 I HausVO („unbillige Härte“) noch gesteigerte Eingriffsschwelle gewollt (§ 1361b I S. 1: „schwere Härte“¹⁹⁾).

⁵⁾ Vgl. die sich häufende Zahl von Fällen in den USA, in denen sich der Vorwurf sexuellen Mißbrauchs der Kinder durch den anderen Elternteil als nachweislich falsch herausstellte; dazu auch *Salzgeber u. a.*, FamRZ 1992, 1249.

⁶⁾ Vgl. Arbeitskreis 12 des 9. DFGT vom 24. 10. 1991.

⁷⁾ So die Berichte von Praktikern auf dem 9. DFGT am 24. 10. 1991 in Brühl; vgl. auch *OLG Hamm*, FamRZ 1991, 81: Der ausländische Ehemann hatte monatelang im Auto oder Zelt übernachtet.

⁸⁾ Gelegentlich unterhalten Gatten in der Ehwohnung ein Büro oder ähnliches, vgl. *OLG Düsseldorf*, FamRZ 1988, 1058; *OLG Schleswig*, FamRZ 1990, 546.

⁹⁾ *OLG Frankfurt*, FamRZ 1987, 159.

¹⁰⁾ Vgl. *KG*, FamRZ 1977, 850; *OLG Celle*, FamRZ 1991, 439, 440.

¹¹⁾ Dazu noch unten g).

¹²⁾ Dazu unten f).

¹³⁾ So deutlich *OLG Köln*, FamRZ 1987, 77; *OLG Bamberg*, FamRZ 1990, 1353.

¹⁴⁾ Vgl. *OLG Köln*, FamRZ 1987, 77.

¹⁵⁾ Vgl. *OLG Frankfurt*, FamRZ 1987, 159.

¹⁶⁾ Vgl. *KG*, FamRZ 1987, 850; 1991, 467; *OLG Bamberg*, FamRZ 1990, 1353.

¹⁷⁾ So der Sache nach *KG*, FamRZ 1991, 867; ähnlich *OLG Bamberg*, FamRZ 1990, 1353; *OLG Celle*, FamRZ 1990, 545.

¹⁸⁾ Ähnlich *Palandt/Diederichsen*, BGB, 51. Aufl., § 1361b Rz. 6; *OLG Hamm*, FamRZ 1989, 739, 740.

¹⁹⁾ BT-Drucks. 10/2888, S. 16; BR-Drucks. 501/84, S. 1; BT-Drucks. 10/2888, S. 50; BT-Drucks. 10/4514, S. 5, 22.

Sinn und Praktikabilität solcher Unterscheidungen sind fraglich²⁰⁾. Im übrigen kann auch die dingliche Berechtigung im Einzelfall unterschiedliches Gewicht haben²¹⁾ – dem trägt die jetzige Gesetzesfassung hinreichend Rechnung („zu berücksichtigen“).

f) Der Normtext des § 1361b handelt nur vom Gerechtigkeitsausgleich zwischen den Ehegatten. Dementsprechend besteht weitgehend Einigkeit, daß die *Interessen Dritter* bei der richterlichen Entscheidung zwar grundsätzlich nicht zu beachten sind²²⁾, daß hingegen das *Wohl der Kinder* im Familienhaushalt einen wichtigen Faktor im Rahmen der richterlichen Abwägung darstellt²³⁾. Dies leuchtet rechtspolitisch unmittelbar ein, ist aber im Normtext nicht ohne weiteres unterzubringen. Auf das Kindeswohl verweist § 2 HausrVO; allerdings ist diese Vorschrift für die Entscheidung nach § 1361b nicht in Bezug genommen (§ 18a HausrVO). Eine Klarstellung im Gesetzeswortlaut des § 1361b empfiehlt sich daher.

Im übrigen hängt auch das Gewicht der Kindesinteressen von den Umständen des Einzelfalls ab: Tendenziell führen sie zu einer *Herabsetzung* der Regelungsschwelle, wenn der Betreuungselternteil für die Kinder und sich die Wohnungszuweisung begehrt; sie führen umgekehrt zu einer entsprechenden *Heraufsetzung*, wenn eine Zuweisung an den anderen Elternteil in Frage steht und der Betreuungselternteil mit den Kindern weichen müßte.

Problematisch erscheint die Bedeutung des Kindesaspekts bei folgender Fallgestaltung: Bei einem Ehegatten (häufig der Frau) besteht ein intensiver Wunsch nach Trennung vom Partner, ohne daß grobe Integritätsverletzungen vorgekommen sind. Am eigentlich angezeigten Weggehen²⁴⁾ sieht sich die Frau durch die Kinder gehindert: Sie möchte sie nicht verlassen, kann mit ihnen aber auch keine angemessene Wohnmöglichkeit finden. Genügen hier – in Durchbrechung der Grundsätze des § 1361b²⁵⁾ – doch der intensive subjektive Trennungswunsch der Frau, das räumliche Kontinuitätsbedürfnis der Kinder und die größere Beweglichkeit des die Kinder nicht betreuenden Gatten auf dem Wohnungsmarkt, um eine Wohnungszuweisung zu rechtfertigen²⁶⁾? Immerhin sind das entscheidende Gesichtspunkte für die Wohnungsverteilung nach Scheidung (§ 5 HausrVO).

Vorschnellen Vorverlagerungen der Maßstäbe des § 5 HausrVO ist dennoch eine Absage zu erteilen. Es ist einer Tendenz entgegenzuwirken, in das strikte persönliche Trennungsvorliegen auch die Kinder hineinzuziehen – ganz im Gegensatz zu neueren Ansätzen im Familien- und Jugendhilferecht, die auf weitestmögliche Erhaltung *beider* Eltern für das Kind zielen²⁷⁾. Regelmäßig hängen die Kinder *auch* am anderen Elternteil²⁸⁾. Ihr Vorhandensein senkt grundsätzlich nicht die Regelungsschwelle des § 1361b, sondern erhöht sie, wenn Trennung oder Nichttrennung der Familie in Frage stehen. Die Kinder sind kein Faustpfand im Kampf um die Wohnung; relativiert wird nur die Sorgeeignung des Elternteils, der die Kinder in seine persönliche Trennungsstrategie einzubinden versucht²⁹⁾.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz muß jedoch gelten, wenn – ohne daß zwischen den Gatten Integritätsverletzungen i.S. des § 1361b I vorliegen – Streit und Haß die Familienatmosphäre derart vergiften, daß die Kinder hierunter schwer und auf Dauer unerträglich leiden, möglicherweise mit der Folge schon sichtbarer Entwicklungsbeeinträchtigungen: Auch im Lichte der §§ 1666, 1666a kann sich hier eine Alleinzurechnung der Wohnung an den Betreuungselternteil als erforderlich erweisen³⁰⁾ – die von § 1361b vorausgesetzte Integritätsverletzung besteht hier zwar nicht auf Gattenebene, wohl aber bei den Kindern^{30a)}.

g) *Ohne jede Bedeutung* im Rahmen des § 1361b sind *Schuldenerwägungen*. Zwar finden sich insoweit gelegentlich Anklänge in der Literatur³¹⁾, die aber vom alleinentscheidenden Tatbestandsmerkmal des § 1361b ablenken³²⁾, den unzumutbaren Übergriffen in die persönliche Integrität. Ohne solche Übergriffe rechtfertigt auch (scheinbar) grobe Schuld eine Wohnungszuweisung nicht; liegen sie vor, dann ist das Schutzbedürfnis des bedrängten Teils durch seine „Eheschuld“ oder das geplante Zusammenleben mit einem Partner solange nicht gemindert, als nicht hierin eine seelische Integritätsverletzung des anderen Gatten gesehen werden kann³³⁾.

h) Insgesamt bleibt zu fragen, ob die Bezeichnung der richterlichen Eintrittsschwelle in der geltenden Fassung des § 1361b I geeignet ist, den vorstehend erörterten Differenzierungen gerecht zu werden. Das Gesetz spricht nur von „schwerer Härte“ und gebietet die besondere Berücksichtigung dinglicher Berechtigungen eines Gatten an der Ehwohnung.

Diese Gesetzesfassung ist aus mehreren Gründen unbefriedigend:

(1) Sie läßt die materiellen Bezugspunkte der richterlichen Abwägung nicht deutlich genug hervortreten;

(2) sie suggeriert eine einheitliche Eintrittsschwelle, obwohl diese je nach Fallgestaltung ganz unterschiedlich angesiedelt werden kann;

(3) indem stets eine „schwere Härte“ vor richterlichen Eingriffsmöglichkeiten verlangt wird, wird die angebliche Versöhnungsfunktion des trennenden Eingriffs konterkariert³⁴⁾;

(4) die Schwelle der „schweren Härte“ täuscht Präzision nur vor; sie steuert praktisch nicht die richterliche Entscheidungsfindung.

Eine nennenswerte Konkretisierung der „schweren Härte“ wird auch nicht durch ausführlichere Umschreibungen erreicht, wie etwa durch die (auch von anderen Gerichten gutgeheißen) Formulierung des KG³⁵⁾: Demnach liege eine „schwere Härte“

²⁰⁾ Dazu noch unten h).

²¹⁾ Zutr. relativierend OLG Schleswig, FamRZ 1991, 82 f. (Frau formal Alleineigentümerin, aber Schenkung und weitere Lastentragung durch Mann); OLG Köln, FamRZ 1987, 77 (Eigentum kollidiert mit beschränktem dinglichen Nutzungsrecht).

²²⁾ Vgl. KG, FamRZ 1991, 467 (neuer Partner); abzulehnen OLG Koblenz, FamRZ 1987, 406 f. (Vermieter), mit zutreffend krit. Anm. Gottwald.

²³⁾ KG, FamRZ 1987, 850, 851; 1991, 467 f.; OLG Bamberg, FamRZ 1990, 1353 f.; OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, 1058 f.; OLG Koblenz, FamRZ 1987, 852.

²⁴⁾ Oben a).

²⁵⁾ Oben a).

²⁶⁾ Anschaulich der Fall OLG Schleswig, FamRZ 1990, 546; 1991, 82.

²⁷⁾ Zu §§ 17, 28 KJHG s. Coester, FamRZ 1991, 253, 260 f.

²⁸⁾ Vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, 1058, 1059.

²⁹⁾ Vgl. Staudinger/Coester, BGB, 12. Aufl., § 1671 Rz. 85 f., 94; § 1672 Rz. 15.

³⁰⁾ Vgl. OLG Koblenz, FamRZ 1987, 852; OLG Schleswig, FamRZ 1991, 1301 f.; Grenzfall: KG, FamRZ 1987, 850 ff. (Zuweisung abgelehnt trotz Entwicklungsstörung der Kinder).

^{30a)} Insoweit ungenau OLG Schleswig [Fn. 30], S. 1302: Kinderschädigung als Härte für die Mutter eingestuft.

³¹⁾ „Einseitiger Lösungswille“, BT-Drucks. 10/2888, S. 16; „exzessives Fehlverhalten“; Schwab/Maurer, Handbuch des Scheidungsrechts, 2. Aufl., Teil VIII Rz. 82, 83; Gernhuber (Familienrecht, 3. Aufl., § 19 III 4) will den Verweis des § 1361 III auf § 1579 analog auch auf § 1361a anwenden – dies müßte auch für den später kodifizierten § 1361b gelten.

³²⁾ Tendenziell ähnlich Finger, NJW 1987, 1001, 1002.

³³⁾ Vgl. oben a). Mögliches Beispiel: Ein Gatte nimmt den neuen Partner in die gemeinsame Ehwohnung auf, der andere Gatte wird tötlich (zur vorherigen Integritätsverletzung dieses Gatten vgl. die Rechtsprechung des BGH zum Schutze des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe).

³⁴⁾ Diederichsen, NJW 1986, 1283, 1284 Fn. 8; ähnlich Finger, NJW 1987, 1001, 1002.

³⁵⁾ FamRZ 1987, 850, 851; zustimmend OLG Hamm, FamRZ 1989, 739, 740; OLG Schleswig, FamRZ 1991, 82.

vor, „wenn auf Grund außergewöhnlicher Umstände ausnahmsweise die Wohnungszuweisung – unter Berücksichtigung auch der Belange des anderen Ehegatten – dringend erforderlich ist, um eine unerträgliche Belastung des die Zuteilung begehrenden Ehegatten abzuwenden“. Eine vage Formel wird hier durch eine Mehrzahl gleichermaßen aussageschwacher Ausdrücke ausgefüllt; außerdem suggeriert die Häufung besonderer Anforderungen (außergewöhnlich, ausnahmsweise, dringend, unerträglich) eine grundsätzlich extrem hohe Eingriffsschwelle, die so – wie dargestellt – materiellrechtlich nicht besteht.

Wenig sinnvoll erscheint deshalb auch eine Ersetzung der „schweren Härte“ durch „unbillige Härte“. Zwar könnte man feinsinnig ein System differenzierter Eingriffshürden konstruieren, das vom „billigen Ermessen“ des § 2 HausrVO über die „unbillige Härte“ des § 3 HausrVO, die „schwere Härte“ des § 1361b bis zur „besonders schweren Härte“ reicht, die bei Wohnungszuweisung durch einstweilige Anordnung erforderlich sein soll³⁶⁾. Um mehr als ein sprachliches Glasperlenspiel handelt es sich dabei jedoch nicht, den scheinbar präzisen Abstufungen entspricht keine Determinierungsgenauigkeit des Gesetzes³⁷⁾. Sicherlich würde in dem Wortwechsel von „schwer“ zu „unbillig“ der Wille zu einer gewissen generellen Absenkung der Eintrittsschwelle deutlich – entsprechend der Gesetzgebungsgeschichte zu § 1361b³⁸⁾. Aber was ist eine „unbillige Härte“, und wo bleiben die notwendigen Differenzierungen? Letztlich läuft alles auf die richterliche Billigkeitsabwägung im Einzelfall hinaus. In einer so persönlichkeitsgeprägten und situationsbezogenen Entscheidungsfrage bleibt auch gar nichts anderes übrig als eine Generalklausel, die dem Familienrichter die Letztverantwortung für die Gerechtigkeitskonkretisierung im gegebenen Fall überläßt. Eine Gleichschaltung der richterlichen Entscheidungspraxis durch „Fortbildungsveranstaltungen“ entspräche nicht unserem Verfassungsrecht. Die Frage kann nur dahin gehen, ob das Gesetz aussagekräftigere Entscheidungshilfen geben kann als der derzeitige § 1361b. Hierzu bedürfte es, um die nötige Flexibilität und Interessenorientierung zu gewährleisten, einer Hervorhebung des (schon de lege lata anerkannten) Verhältnismäßigkeitsprinzips und einer genauen Benennung der Bezugspunkte der richterlichen Abwägung³⁹⁾.

3. Beweisprobleme

In der Praxis schiebt sich vor die Frage nach der materiellen Eingriffsschwelle die Problematik der zuverlässigen Feststellung der Tatsachen. Zwar herrscht das Prinzip der Amtsaufklärung (§ 12 FGG), jedoch trägt der Antragsteller die materielle Beweislast für die Voraussetzungen der von ihm begehrten Zuweisung⁴⁰⁾. Da die wesentlichen Vorgänge sich regelmäßig im Privatbereich der Ehe abspielen, kommt der Antragsteller oft in Beweisnot; der Familienrichter schwankt zwischen Scylla und Charybdis, d. h. einerseits der Gefahr der Antragsabweisung trotz schwerwiegender, aber nicht hinreichend nachweisbarer Persönlichkeitsrechtsverletzungen, andererseits der Gefahr der Ausweisung eines Gatten auf Grund nicht zutreffender Behauptungen des anderen Teils. Die Struktur des geltenden Rechts weist das Risiko nicht vollständiger Aufklärbarkeit einseitig dem die Wohnungszuweisung begehrenden Ehegatten zu – eine Konsequenz auch aus der bewußt hoch angesetzten materiellen Eingriffsschwelle des § 1361b. Es fragt sich nur, ob nicht hierdurch die Schutzfunktion der Vorschrift z. T. wieder vereitelt wird.

Eine generelle Beweislastumkehr (Antragsgegner muß Nichtvorliegen der behaupteten „schweren Härte“ beweisen) kommt allerdings nicht in Betracht: Noch schwerer als ehein- terne Übergriffe ist deren Nichtvorliegen zu beweisen – dem

Mißbrauch des § 1361b wäre Tür und Tor eröffnet. Im Grundsatz muß nicht ein Ehegatte sein Recht zum Mitbesitz an der Wohnung beweisen, sondern der andere das ausnahmsweise Weichen dieses Rechts.

Zu denken wäre hingegen an eine *Beweiserleichterung* entsprechend § 611a I S. 3: Werden Tatsachen glaubhaft gemacht, die Persönlichkeitsrechtsverletzungen eines Gatten durch den anderen in der Vergangenheit vermuten wie auch in Zukunft erwarten lassen, trägt der andere Gatte die Beweislast dafür, daß Übergriffe in die Rechtssphäre des Antragstellers nicht stattgefunden haben oder in Zukunft nicht mehr stattfinden werden. Es handelt sich um eine *Herabsenkung des Beweismaßes für den Antragsteller, verbunden mit einer Umkehr der Beweislast*⁴¹⁾. Eine solche Regelung scheint der Risikolage beider Gatten gerechter zu werden als das geltende Recht.

Es fragt sich, welche Umstände typischerweise genügen sollten für eine derartige Beweislastumkehr. Insoweit kommen in Betracht:

(1) Eine feststehende Persönlichkeitsrechtsverletzung in jüngerer Vergangenheit, die – bei Wiederholungsgefahr – eine Regelung nach § 1361b rechtfertigen würde (etwa eine körperliche Mißhandlung⁴²⁾). Sicher dient die Wohnungszuweisung nicht der Sanktion für früheres Fehlverhalten⁴³⁾, aber dem mißhandelnden Gatten kann bei solcher Fallgestaltung doch die Beweislast auferlegt werden dafür, daß sich solche Vorfälle in Zukunft nicht wiederholen werden⁴⁴⁾. Als Gegenbeweis könnte auf das längere Zurückliegen des bis dahin einmaligen Vorfalles und den friedlichen Ablauf des Zusammenlebens seitdem verwiesen werden.

(2) Bei bestrittenen Übergriffen könnten *Jugendamtsberichte oder ärztliche Atteste* für eine Umkehr der Beweislast genügen, wenn sie inhaltlich das Fehlverhalten des Gatten hinreichend glaubhaft erscheinen lassen. Auch hier bleibt dem Antragsgegner der Gegenbeweis sowohl hinsichtlich der früheren Vorfälle wie auch der Wiederholungsgefahr offen.

(3) Ist die Frau in ein *Frauenhaus* aufgenommen worden, so wird zu differenzieren sein: Ist sie – wie oft – dem Frauenhaus durch Polizei oder Krankenhaus zugeführt worden, so liegt oben Fall (1) vor – bei besonders schwerwiegenden Übergriffen, die diesen Vorgängen regelmäßig zugrunde liegen, dürfte dem Mann der Gegenbeweis fehlender Wiederholungsgefahr nur ausnahmsweise gelingen. Beruht die Aufnahme der Frau ins Frauenhaus auf ihrer eigenen Initiative, so belegt dies zunächst nur, daß ihr das Zusammenleben mit ihrem Mann subjektiv unerträglich geworden ist. Dies wird regelmäßig einen objektiv nachvollziehbaren Hintergrund haben (Alkohol, Gewalt etc.) – eine diesbezügliche Überprüfung durch die Frauenhäuser findet jedoch meines Wissens nicht statt. Rein subjektives „Nichtaushalten“ mit dem Partner erfüllt aber noch nicht den Tatbestand des § 1361b⁴⁵⁾. Die Aufnahme in das Frauenhaus ist in diesen Fällen zwar *Indiz* für unerträgliche Übergriffe, bedarf aber noch

³⁶⁾ OLG Schleswig, FamRZ 1990, 546.

³⁷⁾ Vgl. – in anderem Zusammenhang – *Gernhuber*, Neues Familienrecht (1977), S. 105.

³⁸⁾ Vgl. oben e).

³⁹⁾ Vgl. den Formulierungsvorschlag unten III.

⁴⁰⁾ *Johannsen/Henrich/Voelskow* [Fn. 2], § 13 HausrVO Rz. 2, m. w. N.

⁴¹⁾ Zu § 611a I S. 3 vgl. *Staudinger/Richardi* [Fn. 29], § 611a Rz. 72–76; *Pritting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983), S. 334 ff.

⁴²⁾ Dies gilt erst recht, wenn bereits früher eine Zuweisung nach § 1361b erfolgt war und jetzt um eine Änderung (§ 17 HausrVO) gestritten wird.

⁴³⁾ KG, FamRZ 1991, 1190 f.

⁴⁴⁾ Insofern im Ergebnis bedenklich KG, FamRZ 1987, 850; 1991, 1190 f.

⁴⁵⁾ Oben 2. a).

unterstützender Absicherung, etwa durch ärztliches Attest oder Zeugenaussagen, um die Beweislastumkehr zu bewirken.

II. Weitere Einzelfragen

1. Verfügungsverbot

Es ist die Ermächtigung des Familienrichters gefordert worden, die Wohnungszuweisung durch ein Verfügungsverbot für den weichenden Ehegatten abzusichern⁴⁶⁾. Eines solchen Verbots bedarf es nicht, wenn die Gatten gemeinsam an der Wohnung berechtigt sind (mietvertraglich oder dinglich), da dann ein Gatte allein nicht wirksam handeln kann⁴⁷⁾. War nur der weichende Gatte Mieter der Wohnung, könnte er allerdings den Mietvertrag kündigen oder einverständlich mit dem Vermieter aufheben und damit die familiengerichtliche Wohnungszuweisung unterlaufen. Nach geltendem Recht bietet sich hier eine analoge Anwendung des § 5 II HausrVO an⁴⁸⁾, der für die Zeit nach der Scheidung gerade auch diesem Problem begegnen will⁴⁹⁾. Fraglich ist, ob ein Verfügungsverbot auch als „Durchführungsanordnung“ i.S. von § 15 HausrVO möglich wäre. War nur der weichende Gatte an der Wohnung dinglich berechtigt (Hauptfall: Eigentümer), so droht Veräußerung der Wohnung und Geltendmachung von Eigenbedarf durch den Erwerber. Hier käme nur § 15 HausrVO als Rechtsgrundlage für ein Veräußerungsverbot in Betracht.

Angesichts der Unklarheit, ob § 15 HausrVO derartige Anordnungen deckt, und der Unsicherheit, die mit einer Analogie (zu § 5 II HausrVO) verbunden ist, wäre in der Tat eine ausdrückliche Regelung in § 1361b begrüßenswert. Das Verfügungsverbot wäre auf den Zeitraum bis zur Scheidung zu beschränken und wäre auch vom dinglich Berechtigten hinzunehmen als Ausdruck der Sozialbindung i. S. von Art. 14 I S. 2 GG⁵⁰⁾.

2. Abfindung, § 1361b II

Im Rahmen von § 1361b II hat sich die Frage ergeben, ob auch bei freiwilligem Auszug eines Gatten dieser eine Abfindung nach dieser Vorschrift verlangen kann. Die in Abs. II erforderliche „Verpflichtung“ zur Wohnungsüberlassung wird dabei aus einer – u. U. konkludenten – Vereinbarung der Gatten gefolgert. Vor allem ist jedoch streitig, ob für eine richterliche Abfindungsanordnung hypothetisch die Zuweisungsvoraussetzungen des Abs. I zu fordern sind oder nicht⁵¹⁾. Die Antwort sollte in bejahendem Sinne klargestellt werden, damit nicht ein Gatte durch bloßen Auszug die Weiterbenutzung der Ehwohnung durch den anderen Teil entgeltspflichtig machen kann.

3. Beschwerde

§ 620c ZPO eröffnet die Beschwerde, sofern die Wohnungszuweisung durch einstweilige Anordnung erfolgte, nur für den ausgewiesenen Ehegatten, nicht für den Antragsteller bei Abweisung seines Antrags. Diese verfahrensrechtliche Höherbewertung des Erhaltungsinteresses des ausgewiesenen Gatten gegenüber dem Schutzinteresse des Antragstellers ist unverständlich, beide Interessen sind zumindest gleichgewichtig. Die Beschwerde sollte deshalb auch gegen die Ablehnung einer einstweiligen Anordnung zulässig sein⁵²⁾.

4. Internationales Privatrecht

Bei rein ausländischen Familien in Deutschland wird häufig das Heimatrecht der Ehegatten angewendet, was zu Komplikationen führen kann, wenn dieses Recht eine Wohnungszuweisung während der Ehetrennung nicht oder nur eingeschränkt kennt⁵³⁾. Demgegenüber wird zu Recht darauf hingewiesen, daß im Falle des § 1361b auch die „öffentliche Ordnung“ auf dem

Spiel steht, die Befriedung sozialer Konflikte und der Schutz hier lebender Personen⁵⁴⁾ – Gedanken, die eine Anwendung des Aufenthaltsrechts nahelegen. Um dieses sachgerechte Ergebnis zu erreichen, sollte man nicht auf das Unterhaltsstatut (Art. 18 EGBGB) ausweichen müssen⁵⁵⁾, sondern eine Kollisionsnorm für richterliche Regelungen hinsichtlich der Ehwohnung schaffen.

5. Nichteheliche Lebensgemeinschaften

Für unverheiratete Lebenspartner folgt ein Recht zum Mitbesitz an der gemeinsamen Wohnung nicht aus dem Gesetz (§ 1353 I S. 2), sondern regelmäßig aus einer vertraglichen (auch stillschweigenden) Übereinkunft. Nur ist diese Vereinbarung wie die Gemeinschaft selbst nach dem Verständnis der Partner jederzeit kündbar. Das bedeutet, daß der *Alleininhaber* der Wohnung (Mieter oder Eigentümer) bei Zerbrechen der Gemeinschaft den anderen Teil grundsätzlich hinausweisen kann. Diese Rechtslage erweist sich insbesondere dann als unbefriedigend, wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind, möglicherweise sogar bei gemeinsamem Sorgerecht der Eltern⁵⁶⁾. Aber auch hinsichtlich des Partners selbst erschien es widersprüchlich, ihn – einer zunehmenden Tendenz entsprechend – gemäß §§ 549, 569a als „Angehörigen“ am Mietverhältnis teilhaben zu lassen⁵⁷⁾, bei Beendigung der Partnerschaft die gelebte soziale Gemeinschaft aber gänzlich zu ignorieren.

Bei *gemeinsamer Berechtigung* der Partner an der Wohnung ist bei Miteigentum eine Regelung nach § 745 II möglich, bei der Mitmiete fehlt eine einschlägige Vorschrift. Hier wie bei Alleinberechtigung eines Teils erscheint eine richterliche Regelungsmöglichkeit wie bei Eheleuten angemessen⁵⁸⁾ – das soziale Schutzbedürfnis hängt nicht vom Eheband ab. Allerdings ist die Regelungsmöglichkeit nicht an § 1361b anzulehnen, sondern an §§ 3 bis 7 HausrVO: Im Gegensatz zu Eheleuten bedeutet die Trennung für nichteheliche Lebenspartner nicht einen einstweiligen, vorbereitenden Schritt, sondern das Ende der Gemeinschaft – ihre Trennung steht der Sache nach der Scheidung von Eheleuten gleich.

III. Zusammenfassung

Das Ergebnis der vorstehenden Erörterungen kann wie folgt zusammengefaßt werden:

1. Eine Reform der Regelung des § 1361b ist sachlich geboten. Die Vorschrift könnte lauten:

⁴⁶⁾ 9. DFGT 1991, Arbeitskreis 12.

⁴⁷⁾ OLG Zweibrücken, FamRZ 1990, 55.

⁴⁸⁾ Weniger überzeugend demgegenüber die Herleitung einer richterlichen Anordnungsbefugnis unmittelbar aus § 1353 I S. 2, so Graba, NJW 1987, 1721, 1724.

⁴⁹⁾ Johannsen/Henrich/Voelskow [Fn. 2], § 5 HausrVO Rz. 16.

⁵⁰⁾ Vgl. BVerfG, FamRZ 1991, 1413 (= EzFamR Art. 6 GG Nr. 16), zur Beschränkung der Vermieterfreiheit bei Wohnungszuweisung nach § 5 HausrVO.

⁵¹⁾ Verneinend OLG Schleswig, FamRZ 1988, 727 ff.; bejahend OLG Bamberg, FamRZ 1990, 179, 180; AmtsG Köln, FamRZ 1991, 811, 812 mit zust. Anm. Garbes, S. 814; Graba, NJW 1987, 1721, 1723.

⁵²⁾ So 4. DFGT, Arbeitskreis 9; 9. DFGT, Arbeitskreis 12.

⁵³⁾ Zur h. M., die Art. 14 (bzw. nach Scheidung, Art. 17) EGBGB anwendet, s. OLG Stuttgart, FamRZ 1990, 1354 ff., mit umfassenden Nachweisen zum Meinungsstand; KG, FamRZ 1991, 1190, 1191.

⁵⁴⁾ Henrich, Internationales Familienrecht (1989), S. 148; Coester, IPRax 1991, 236, 237.

⁵⁵⁾ So Henrich [Fn. 54]; OLG Frankfurt, FamRZ 1991, 1190.

⁵⁶⁾ Vgl. BVerfG, FamRZ 1991, 913.

⁵⁷⁾ LG Hannover, NJW 1986, 727; LG Hamburg, WM 1989, 304; vgl. BVerfG, FamRZ 1990, 727 = NJW 1990, 1593: verfassungsgemäß; zur Gegenmeinung Palandt/Diederichsen [Fn. 18], § 569a Rz. 5; vgl. auch Bosch, FamRZ 1991, 1 ff.

⁵⁸⁾ Schon um sicherzustellen, daß nicht beide Partner die Wohnung verlieren.

(1) Leben die Ehegatten getrennt oder will einer von ihnen getrennt leben, so kann ein Ehegatte verlangen, daß ihm der andere die Ehwohnung oder einen Teil zur alleinigen Benutzung überläßt, soweit dies zum Schutze seiner Person oder der ihm anvertrauten Kinder, auch unter Berücksichtigung der ehelichen Bindung und der Belange des anderen Ehegatten, erforderlich ist. Macht der Ehegatte Tatsachen glaubhaft, die eine Wohnungszuweisung nach Satz 1 erforderlich machen würden, so trägt der andere Ehegatte die Beweislast dafür, daß die Regelungsvoraussetzungen nicht vorliegen. Ist ein Ehegatte allein oder gemeinsam mit einem Dritten an der Ehwohnung dinglich berechtigt, so ist dies besonders zu berücksichtigen.

(2) Das Familiengericht kann die Wohnungszuweisung an einen Ehegatten mit einem Verfügungsverbot für den anderen,

an der Wohnung allein berechtigten Ehegatten verbinden; das Verfügungsverbot ist begrenzt auf den Zeitraum bis zur Rechtskraft der Scheidung.

(3) Ist ein Ehegatte verpflichtet, dem anderen Ehegatten die Ehwohnung oder einen Teil zur alleinigen Benutzung zu überlassen, so kann er vom anderen Ehegatten unter den Voraussetzungen des Abs. 1 eine Vergütung für die Benutzung verlangen, soweit dies der Billigkeit entspricht.

2. Ergänzend sind § 620c ZPO zu ändern (oben II. 3.), eine Kollisionsnorm mit Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten zu schaffen (oben II. 4.) sowie die §§ 3 bis 7 HausrVO entsprechend auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften auszudehnen (oben II. 5.).