

# Zuweisung der Mietwohnung bei Ehegatten, Lebenspartnern, Lebensgefährten

RiOLG Dr. Gerd Bruder Müller\*

## I. Ehegatten

### 1. Wohnungszuweisung bei Getrenntleben (§ 1361 b BGB)

Trennen sich Ehegatten, so stellt sich die Frage, wer in der bisher gemeinsamen Ehwohnung bleiben darf. Die Rechtsgrundlagen ergeben sich aus § 1361 b BGB und aus der „Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats“ vom 21.10.1944. Die Hausratsverordnung (HausrVO) ermächtigt den Familienrichter, Streitigkeiten über die Ehwohnung (und über Hausrat) schnell, einfach, zweckmäßig und ohne starre gesetzliche Fesseln zu beenden. Die HausrVO gilt nach § 1 Abs. 1 allerdings erst „anlässlich der Scheidung“. Für die Dauer der Trennung können nur vorläufige Benutzungsregelungen nach § 1361 b BGB erlassen werden. Leben die Ehegatten in einer Mietwohnung, bleibt das Außenverhältnis zum Vermieter in dieser Phase zunächst unberührt.

#### Fall A (Ausgangsfall):

*Ehefrau F sucht Sie als Rechtsberater(in) auf und trägt vor, ihr Ehemann M habe sie brutal geschlagen. Sie möchte, dass M die Wohnung verlassen muss.*

Leben die Ehegatten getrennt oder will einer von ihnen getrennt leben, so kann ein Ehegatte nach § 1361 b BGB - unabhängig von einem Scheidungsverfahren - verlangen, dass ihm der andere die Ehwohnung oder einen Teil davon für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benutzung überlässt.<sup>1</sup>

Welcher Streit der Einführung der zum 1.4.1986 in Kraft getretenen Vorschrift des § 1361 b BGB vorausging, ist aus heutiger Sicht nur noch schwer vorstellbar. Die damaligen Reformgegner befürchteten, dass eine Auflösung der häuslichen Gemeinschaft die bestehenden Konflikte der Eheleute vertiefen und die gefährdete Ehe endgültig zum Scheitern bringen könnte. Die Kritik gipfelte in der Horrorvision, dass durch diese Regelung „die Erosion von Ehe und Familie weiter gefördert“ würde.<sup>2</sup>

Der Widerstand gegen die damals geplante Einführung des § 1361 b BGB veranlasste den Gesetzgeber, die „Eintrittsschwelle“ hoch anzusetzen, damit die Eheleute nicht „im Frühstadium einer Ehekrise in die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe flüchten“.<sup>3</sup> Aus dem gleichen Grund ersetzte der Gesetzgeber den - in Anlehnung an § 3 Abs. 1 HausrVO - zunächst vor-

---

\* Vortrag, gehalten auf dem Deutschen Mietgerichtstag am 5.4.2003. Der Autor ist Richter am OLG Karlsruhe und Vorsitzender des Deutschen Familiengerichtstages.

<sup>1</sup> Der Antrag ist stets in einem selbständigen (isolierten) Verfahren zu stellen. Die Zuweisung der Ehwohnung für die Dauer der Trennung kann nicht im Scheidungsverbund geltend gemacht werden, da schon für die Zeit vor rechtskräftiger Scheidung eine Regelung begehrt wird. Folgesache kann allein die endgültige Wohnungszuweisung sein. Im Verfahren nach § 1361 b BGB kann immer nur eine vorläufige Benutzungsregelung für die Trennungszeit bis zur Rechtskraft der Scheidung getroffen werden. Die Entscheidung verliert allerdings schon dann ihre Wirkung, wenn die Eheleute die häusliche Gemeinschaft wieder aufnehmen. Trennen sich die Ehegatten nach der Versöhnung erneut, lebt eine frühere Benutzungsregelung nicht wieder auf. Im Streitfall muss ein neuer Antrag gestellt werden.

<sup>2</sup> Vgl. nur Walter JZ 1986, 360, 363; vgl. auch Kalthoener FamRZ 1984, 436, 438.

<sup>3</sup> BT-Drucks. 10/2888 S. 16.

gesehenen Begriff „unbillige Härte“ durch den der „schwere Härte“.<sup>4</sup> Die Wortwahl sollte verdeutlichen, dass eine Wohnungszuweisung in der Trennungszeit „nur unter wesentlich engeren Voraussetzungen“ als bei einer Regelung anlässlich der Scheidung (§ 1 Abs. 1 HausrVO) zulässig ist.<sup>5</sup>

Das „Gesetz zur Verbesserung des zivilrechtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehwohnung bei Trennung“ vom 11. 12. 2001 - kurz: Gewaltschutzgesetz (GewSchG)<sup>6</sup> – dazu später - hat im reformierten § 1361 b BGB den Begriff der „schweren“ Härte nun gegenläufig durch den Begriff der „unbilligen“ Härte ersetzt. Damit soll bei Gewalttaten unter Eheleuten die Zuweisung der Ehwohnung erleichtert werden.<sup>7</sup> Die Herabsetzung der Eingriffsschwelle ist zu begrüßen, da die bisherige Praxis den Schutz des Opfers nicht hinreichend sicherstellen konnte.

Für den Beipfelsfall – F wurde, wie M nicht in Abrede stellt, „brutal geschlagen“ - hat sich die Rechtslage nicht geändert: Nach wie vor und jetzt erst recht hat in diesem Fall F einen Anspruch auf Wohnungszuweisung.

Die von der Bundesregierung in Auftrag gegebene „rechtstatsächliche Untersuchung zu § 1361 b BGB“<sup>8</sup> hat ergeben, dass die Anträge auf Wohnungsüberlassung zu 68 % mit körperlicher Gewalt des Partners begründet wurden. In 91 % aller Fälle hatte die Ehefrau den Antrag gestellt.<sup>9</sup> Nach der Statistik flüchten jährlich 45.000 Frauen vor der Gewalt ihres Partners und suchen Zuflucht in einem der 435 Frauenhäuser. Nach zuverlässigen Schätzungen<sup>10</sup> wird in jeder dritten Partnerschaft Gewalt von einem Mann an einer Frau verübt (Gewaltanwendung in diesem Nahbereich gibt es übrigens auch umgekehrt, wie die Untersuchung zutage bringt).

#### Variante 1:

*Wie wäre es in einer Variante des Ausgangsfalls zu beurteilen, wenn M seine Frau „nur“ verbal niedermachen und übelst beleidigen würde.*

Die Beurteilung hängt davon ab, wie der Begriff der Gewalt zu verstehen ist. Die bisherige Rechtsprechung<sup>11</sup> hat bei Gewaltausübung eine „schwere Härte“ nur „bei schweren körperlichen Misshandlungen der Familienmitglieder“ bejaht. Durch das GewSchG wurde dem Bedürfnis nach Verbesserung des Schutzes vor Gewalttaten und Nachstellungen Rechnung getragen. Gewalt im häuslichen Bereich ist ein seit langem bekanntes alltägliches gesellschaftliches Phänomen in allen sozialen Schichten. Dabei ist unter Gewaltanwendung nicht allein körperliche Misshandlung zu verstehen, sondern - in einem umfassenden Sinn - jede direkte oder indirekte physische oder psychische Einwirkung gerichtet gegen eine andere Person. Gewalt kann sich auch äußern in Erniedrigungen, Anbrüllen, Mundtotmachen, aber auch Psychoterror über Fernkommunikationsmittel, häuslicher Vandalismus, verbunden mit dem Zerstören und Beschädigen von Sachen.<sup>12</sup>

<sup>4</sup> BT-Drucks. a.a.O. S. 16, 22.

<sup>5</sup> BT-Drucks. a.a.O. S. 22.

<sup>6</sup> BGBl. I S. 3513.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 14/5429 S. 21, 33.

<sup>8</sup> Die Untersuchung wurde von der Sozialwissenschaftlichen Forschungsstelle und dem Staatsinstitut für Familienforschung, beide Universität Bamberg, durchgeführt.

<sup>9</sup> BT-Drucks. 14/5429 S. 14, 15.

<sup>10</sup> a.a.O. S. 10, 11.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1058; OLG Karlsruhe FamRZ 1991, 1440; OLG Köln FamRZ 1996, 1220; OLG Hamm FamRZ 1997, 301.

<sup>12</sup> Vgl. L. Müller in: Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, hrsg. v. K. Schnitzler, 2002, § 17 Rn. 2.

Das AG Tempelhof-Kreuzberg hat in einer kürzlich ergangenen Entscheidung bestätigt, dass die Situation auch deshalb für einen Ehepartner unerträglich sein kann, weil ihn der andere durch Worte oder Verhaltensweisen schwer beleidigt, herabsetzt, missachtet, „fertigmacht“ oder schikaniert. Zwar sind in der Regel bloße Belästigungen, die zum Erscheinungsbild einer zerrütteten Ehe gehören, grundsätzlich nicht ausreichend - häufig und auf Dauer angelegte ehezerstörerische Vorkommnisse erheblicher Art, insbesondere schikanöse Belästigung der Restfamilie und rücksichtsloses Verhalten, können aber das Tatbestandsmerkmal der „unbilligen Härte“ erfüllen.<sup>13</sup>

Variante 2:

*F trägt vor, M habe sie bedroht und geäußert:*

*„Bevor ich ausziehe, kannst Du schon mal die Särge bestellen. Sollte die Polizei erscheinen, besorge ich mir eine Pistole und knalle alles nieder!“*

Diesem Fall liegt ein vom OLG Karlsruhe<sup>14</sup> nach altem Recht entschiedener Sachverhalt zugrunde. Eine „schwere Härte“ wurde bisher bei einmaliger, auch schwerer Bedrohung verneint, zumindest dann, wenn sie nicht ernst genommen werden musste. Dem entsprach es, dass das OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung den Antrag der F auf Wohnungszuweisung abgelehnt hat. Es hat dazu festgestellt, dass der Ehemann während der gesamten Ehezeit nicht ein einziges Mal gewalttätig geworden und immer ein sehr ruhiger Mann gewesen sei. Eine einmalige, auch schwere Bedrohung, die nicht ernst gemeint sei, reiche aber bei sonst wenig aggressivem Verhalten nicht aus, um einen Ehegatten aus der Wohnung zu weisen. Auf dieser Linie liegt auch die Entscheidung des OLG München,<sup>15</sup> das dem Berufsstand der Rechtsanwälte Gewaltlosigkeit attestiert hat: Bei Rechtsanwälten könne nicht davon ausgegangen werden, dass sie zu Gewalttätigkeiten neigen.

Nach der Reform des § 1361 b BGB kann für eine Wohnungsüberlassung nun nicht mehr entscheidend sein, ob eine schwere Bedrohung - objektiv - ernst zu nehmen ist oder nicht. § 1361 b Abs. 2 Satz 1 BGB in der Neufassung bestimmt, dass ein Ehegatte, der den anderen mit der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit bedroht, die Wohnung verlassen muss. Das bedeutet, dass darauf abzustellen ist, ob die Drohung mit Gewalttaten den Ehepartner - subjektiv - so belastet, dass ihm die Fortsetzung der häuslichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden kann.<sup>16</sup>

Variante 3:

*M beteuert, dass es sich bei der Gewalttat um eine einmalige Entgleisung gehandelt habe und keine Wiederholungsgefahr bestünde.*

Nach bisheriger Rechtsprechung<sup>17</sup> wurde bei einmaliger tätlicher Entgleisung eine schwere Härte nur bei Wiederholungsgefahr angenommen. Die Beweislast trug der verletzte Ehegatte. § 1361 b Abs. 2 Satz 2 BGB bestimmt nunmehr, dass bei Gewalttaten der Anspruch auf Wohnungsüberlassung nur dann ausgeschlossen ist, wenn keine weiteren Verletzungen und widerrechtlichen Drohungen zu besorgen sind. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs<sup>18</sup> spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass nach der Begehung von

<sup>13</sup> AG Tempelhof-Kreuzberg FPR 2003, 26: Häufung von Sorgfalts- und Rücksichtslosigkeit, wobei der Antragsgegner die Restfamilie schikanierte und auf der Kosten „auslebte“.

<sup>14</sup> FamRZ 1991, 1440, 1441.

<sup>15</sup> FamRZ 1996, 730.

<sup>16</sup> Ebenso Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 3. Aufl., Kap. 4 Rn. 25.

<sup>17</sup> Vgl. OLG München FuR 1999, 230, 231.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 14/5429 S. 19, 33 unter Hinweis auf BGH NJW 1987, 2225.

Gewalttaten mit weiteren Beeinträchtigungen zu rechnen ist. Durch die Reform wurde die Beweislast also umgekehrt: Der Täter hat darzulegen und zu beweisen, dass weitere Verletzungen von ihm nicht zu befürchten sind. An die Widerlegung der tatsächlichen Vermutung<sup>19</sup> sind hohe Anforderungen zu stellen.<sup>20</sup>

Aber selbst dann, wenn dem Gewalttäter der Nachweis gelingen sollte, dass keine weiteren Verletzungen oder Drohungen zu erwarten sind, ist die gesamte Wohnung dem anderen Ehegatten allein zu überlassen, wenn ihm ein häusliches Zusammenleben wegen der Schwere der begangenen Tat nicht zuzumuten ist (Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz). Dabei ist insbesondere an Fälle der schweren Körperverletzung sowie an andere schwere Delikte zu denken (im Regierungsentwurf<sup>21</sup> wurden als Beispiele Vergewaltigung und Totschlagsversuch genannt).

Variante 4:

*F trägt vor, M habe nicht sie, sondern das gemeinsame Kind geschlagen.*

§ 1361 b BGB a.F. sah das Wohl der Kinder als Entscheidungskriterium nicht ausdrücklich vor. Da eine Nichtberücksichtigung des Kindeswohls Sinn und Zweck des Wohnungszuweisungsverfahrens aber widerspräche, wurde dem Kindeswohl gleichwohl - mittels einer sog. „teleologischen Interpretation“ - zentrale Bedeutung beigemessen.<sup>22</sup> Das war nicht unumstritten. Einem Teil der Rechtsprechung<sup>23</sup> reichte allein der Umstand, dass Kinder unter den andauernden Spannungen und Streitigkeiten der Eltern leiden, für eine schwere Härte nicht aus. Dies treffe auf die meisten Kinder zu, deren Eltern sich trennen und in Unfrieden leben. Es würde dem Gesetzeszweck zuwiderlaufen, in derartigen Fällen regelmäßiger Beeinträchtigung des Kindeswohls schon eine schwere Härte i.S.d. § 1361 b BGB zu sehen. Diese restriktive Rechtsprechung verlangte daher, dass eine schwere Gesundheitsgefährdung der Kinder zu befürchten sein müsse.

Der Gesetzgeber hat nun Klarheit geschaffen. Auf einen „Katalog von Härtegründen“ ist zwar wegen der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse verzichtet worden; die zwei wichtigsten und häufigsten Tatbestände, die eine unbillige Härte begründen, sind aber im Gesetz genannt, nämlich die Anwendung von Gewalt (Abs. 2) und die Beeinträchtigung des Kindeswohls (Abs. 1 Satz 2). Im Gesetz ist nun also ausdrücklich bestimmt, dass eine unbillige Härte auch dann gegeben sein kann, wenn „das Wohl von im Haushalt lebenden Kindern beeinträchtigt ist“.

Wissenschaftliche Untersuchungen<sup>24</sup> haben ergeben, dass Gewalthandlungen unter Eheleuten regelmäßig auch seelische Schäden bei den vom Miterleben dieser Gewalt betroffenen Kindern nach sich ziehen. Ein Elternteil, der sich dem anderen gegenüber gewalttätig verhält oder ihn erniedrigt, verletzt dadurch auch seine Kinder. Aber nicht nur tätliche Auseinandersetzungen führen zu gesundheitlichen oder seelischen Störungen; auch andauernde Spannungen und Streitereien der Eltern gefährden die Entwicklung der Kinder.

<sup>19</sup> Die Neufassung des § 1361 b BGB enthält noch eine weitere Vermutungsregelung: Leben die Ehegatten getrennt und hat der aus der Ehwohnung ausgezogene Ehegatte nicht innerhalb von sechs Monaten seine Rückkehrabsicht bekundet, wird nach dem neuen Abs. 4 unwiderleglich vermutet, dass er dem in der Wohnung verbliebenen Ehegatten das alleinige Nutzungsrecht überlassen hat. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber erreichen, dass möglichst schnell Rechtssicherheit geschaffen wird. Außerdem soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Ehegatten innerhalb dieser Frist erfahrungsgemäß auf neue Lebensumstände eingestellt haben.

<sup>20</sup> So der Regierungsentwurf a.a.O. S. 19 unter Hinweis auf BayObLG NJW-RR 1987, 463.

<sup>21</sup> a.a.O. S. 31

<sup>22</sup> Näher dazu Brudermüller in: Johannsen/Henrich, Eherecht, 3. Aufl. § 1361 b BGB Rn. 13 ff. m.N.

<sup>23</sup> So z.B. OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1058; OLG Celle FamRZ 1992, 676, 677.

<sup>24</sup> Untersuchungen des kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen und der Universität Osnabrück, vgl. BT-Drucks. 14/5429 S. 24.

Bei der Wohnungszuweisung kommt es deshalb darauf an, ob ein erträgliches Auskommen der Familie unter einem Dach noch möglich ist. Ist das nicht der Fall, dann haben die Bedürfnisse der Kinder in einer geordneten, ruhigen und entspannten Familiensituation Vorrang. Das Interesse eines Elternteils, weiter in der Wohnung zu bleiben, muss demgegenüber zurücktreten. Kann die Familie in einer Wohnung nicht mehr zusammenleben, weil Streit und Hass die häusliche Atmosphäre unerträglich vergiften, ist den Kindern nicht zuzumuten, ihr vertrautes Heim und ihre gewohnte Umgebung nebst ihren Freunden zu verlassen sowie die Schule zu wechseln. Die Kinder bleiben in der Wohnung - und mit ihnen der Elternteil, der besser für sie sorgen kann.

Es ist freilich nicht zu verkennen, dass die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls zur Folge haben können, dass die Kinder als „Waffe“ um die Wohnung eingesetzt werden, schlagwortartig verkürzt: „Wer die Kinder bekommt, bekommt auch die Wohnung“.<sup>25</sup>

#### Variante 5:

*F trägt vor, die im gemeinsamen Haushalt lebenden Kinder würden unter den Streitigkeiten zwischen den Eltern massiv leiden und bereits Verhaltensstörungen zeigen. Um weitere Eskalationen zu vermeiden, müsse M die Wohnung verlassen.*

Ein Anspruch auf Wohnungszuweisung kann auch allein unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls bestehen.<sup>26</sup> Das ist eine Frage des Einzelfalls.

Haben bei einer Wohnungszuweisung nach § 1361 b BGB die Interessen der Kinder Vorrang, dann kommt es nicht mehr darauf an, welcher Ehegatte die „unerträgliche Situation“ verursacht hat. Wie konsequent die Rechtsprechung diesen Grundsatz zur Anwendung gebracht hat, zeigt eine sehr weitgehende, gleichwohl den diffizilen Sachverhalt abwägende Entscheidung des OLG Bamberg,<sup>27</sup> das sich ausschließlich nach dem Kindeswohl gerichtet hat.

## 2. Schutzanordnungen

Welche Möglichkeiten gibt es für den Rechtsschutz zur Sicherung des Besitzes an der Ehwohnung? Kann insbesondere ein Verbot der Kündigung<sup>28</sup> des Mietverhältnisses durch den Ehegatten, der als Alleinmieter die Wohnung hat verlassen müssen, angeordnet werden?

<sup>25</sup> Vgl. Haußleiter/Schulz 4 Rn. 19.

<sup>26</sup> Vgl. OLG Koblenz FamRZ 1987, 852: Zuweisung der Wohnung an die Mutter, weil das Kind aufgrund der starken psychischen Belastung durch die häuslichen Streitigkeiten zwischen den Eltern mit starken Zuckungen reagiert hat und daraufhin in psychischer Behandlung war. Vgl. auch OLG Köln FamRZ 1987, 77; 1992, 322; KG FamRZ 1987, 850; 1991, 467; OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1058; OLG Hamm FamRZ 1989, 739; 1991, 81; 1993, 1441 u. 1442; OLG Schleswig FamRZ 1990, 546; 1991, 82 u. 1301; OLG Hamburg FamRZ 1992, 1298.

<sup>27</sup> FamRZ 1995, 560. Das OLG Bamberg hat den „betrogenen“ Ehemann mit folgender Begründung aus der Wohnung gewiesen: „Wenn der Antragsgegner meint, es sei ungerecht, wenn er durch einen Auszug dafür büßen solle, dass die Antragstellerin durch ihr Verhältnis zu einem anderen Mann Unruhe in die Familie gebracht habe, so handelt es sich zwar um eine nachvollziehbare Überlegung. Sie kann aber nicht ausschlaggebend sein. Denn es geht nicht nur um die Interessen der Parteien allein, sondern auch um die Betroffenheit der Kinder. Da der Mutter - mit Einverständnis des Antragsgegners - die elterliche Sorge übertragen wurde, ist einander gegenüberzustellen, was ein Auszug für den Antragsgegner und was ein Auszug für die Antragstellerin zusammen mit den Kindern bedeuten würde. Insoweit überwiegen aber die objektiven Erschwernisse und Nachteile, die auf Seiten der Antragstellerin und der Kinder eintreten würden so deutlich, dass Schulderwägungen zurücktreten müssen.“

<sup>28</sup> Das Parallelproblem des Schutzes vor Veräußerung durch den Alleineigentümer kann hier nicht behandelt werden, da das Thema auf die Mietwohnung beschränkt ist. Vgl. zur Streitfrage Palandt/Brudermüller, BGB, 62. Aufl., § 1361 b Rn. 17.

Fall B:

*F befürchtet, dass M, wenn er aus der Wohnung gewiesen wird, als Alleinmieter den Mietvertrag kündigt. Kann sie davor geschützt werden?*

Die Frage stellt sich in zwei Varianten, und zwar bei der vorläufigen Wohnungszuweisung (§ 1361 b GB) und bei der endgültigen Regelung anlässlich der Scheidung (§ 5 HausrVO).

Variante 1:

*F trägt vor, ein weiteres Zusammenleben mit ihrem Ehemann unter einem Dach sei ausgeschlossen, wie sie näher darlegt. Sie möchte getrennt leben und dazu erreichen, dass ihr die Ehewohnung zugewiesen wird.*

In dieser Fallkonstellation geht es um die Frage der vorläufigen Wohnungszuweisung nach § 1361 b BGB. Die Kündigung des Alleinmieters M würde - auch wenn die Wohnung zuvor F gemäß § 1361 b BGB zur alleinigen Nutzung zugewiesen wurde - das Mietverhältnis beenden. F müsste dann die Wohnung räumen, da sie sich dem Vermieter gegenüber ohne rechtlichen Grund in der Wohnung befindet. Das Mietverhältnis kann jedoch nur im Rahmen einer endgültigen Regelung gemäß § 5 HausrVO, nicht aber bei einer vorläufigen Zuweisung gemäß § 1361 b BGB umgestaltet werden. Für ein weiteres Verbleiben von F in der Ehewohnung kommt es daher darauf an, ob sie Alleinmieter M an einer Kündigung des Mietverhältnisses hindern kann.

Schon nach bisheriger Rechtslage sollte der Familienrichter gemäß § 15 HausrVO „in seiner Entscheidung die Anordnungen treffen, die für die sichere Durchsetzung notwendig sind“. Ergänzend wurde nun durch das sog. GewSchG in § 1361 b Abs. 3 Satz 1 BGB zusätzlich das Gebot aufgenommen, dass der aus Wohnung gewiesene Ehegatte „alles zu unterlassen hat, was geeignet ist, die Ausübung dieses Nutzungsrechts zu erschweren oder zu vereiteln“. Zu diesem Zweck kann als „flankierende Maßnahme“<sup>29</sup> ein Verbot der Kündigung des Mietverhältnisses an der Ehewohnung ausgesprochen werden,<sup>30</sup> und zwar auch schon vor der Entscheidung über die Wohnungszuweisung als einstweilige Anordnung (§ 621 g ZPO).

Hält sich der Alleinmieter nicht an das Verbot und kündigt er gleichwohl das Mietverhältnis, so verstößt er gegen ein gerichtliches Verfügungsverbot i.S.d. §§ 136, 135 BGB. Die Kündigung ist dann nur im Verhältnis zu dem in der Wohnung gebliebenen Ehegatten unwirksam. Gegenüber dem Vermieter ist das Mietverhältnis für den Alleinmieter beendet. Die bloß *relative* Unwirksamkeit des Mietverhältnisses ist misslich; der Gesetzgeber sollte den Verstoß gegen ein gerichtlich angeordnetes Kündigungsverbot mit *absoluter* Unwirksamkeit zu belegen.

Zu den in Betracht kommenden Schutzanordnungen gehört im Übrigen etwa auch das Verbot, die Wohnung nochmals zu betreten, das Gebot, sämtliche Schlüssel auszuhändigen, Belästigungs- und Misshandlungsverbote oder auch das Verbot, mit dem in der Wohnung verbleibenden Ehegatten Kontakt aufzunehmen, mithin die nach § 1 GewSchG möglichen Anordnungen.<sup>31</sup>

Variante 2:

<sup>29</sup> Begründung des RegE, BT-Drucks. 14/5429 S. 21.

<sup>30</sup> Um eine einvernehmliche Aufhebung des Mietvertrages auszuschließen, sollte dem Alleinmieter zusätzlich verboten werden, das Mietverhältnis „in sonstiger Weise zu beenden“. Unterlassungsanordnungen können nach § 890 ZPO vollstreckt werden.

<sup>31</sup> Vgl. OLG Köln FamRZ 2003, 319, 320.

*Ehefrau F hat im Scheidungsverfahren beantragt, dass sie anstelle ihres Ehemannes M das Mietverhältnis über die Ehewohnung fortsetzt (§ 5 Abs. 1 Satz 1 HausrVO). F befürchtet, dass M als Alleinmieter vor einer gerichtlichen Entscheidung das Mietverhältnis kündigt.*

Eine Kündigung des Alleinmieters würde das Mietverhältnis über die Ehewohnung beenden. § 5 Abs. 1 Satz 1 HausrVO wäre dann nicht mehr anwendbar. Der Familienrichter kann jedoch gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 HausrVO, wenn kein Mietverhältnis an der Ehewohnung besteht, zugunsten eines Ehegatten ein Mietverhältnis begründen<sup>32</sup>. Im Beispielsfall kann der Familienrichter, wenn er die Scheidung ausspricht, zugleich anordnen, dass zwischen dem Ehegatten, der bisher nicht Mieter war, und dem Vermieter - auch rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Beendigung des früheren Mietvertrages - ein neues Mietverhältnis<sup>33</sup> begründet wird.<sup>34</sup>

Rechtsgrundlage für diese Sicherungsmaßnahme ist § 15 HausrVO. Das Kündigungsverbot kann wie im Verfahren nach § 1361 b durch einstweilige Anordnung ausgesprochen werden (bei anhängigem Scheidungsverfahren nach § 620 Nr. 7 ZPO). Eine Kündigung des M in dem gerichtlichen Verfügungsverbot wäre auch in diesem Fall der F gegenüber relativ unwirksam. Die nur relative Rechtswirkung ist, auch hier, bedenklich.

### **3. Umgestaltung des Mietverhältnisses?**

#### Fall C:

*F, der die gemeinsam mit M gemietete Wohnung zur alleinigen Nutzung zugewiesen wurde, verlangt, dass der Mietvertrag auf sie allein umgeschrieben wird.*

#### Variante 1:

*F will getrennt leben.*

Als Anspruchsgrundlage für eine Umgestaltung des Mietverhältnisses kommt § 5 Abs. 1 HausrVO in Betracht. Da die HausrVO aber erst „anlässlich der Scheidung“ anwendbar ist, steht F diese Vorschrift nicht zur Verfügung. Die Wohnungszuweisung bei Getrenntleben richtet sich materiellrechtlich ausschließlich nach § 1361 b BGB. Nach dieser Bestimmung kann sie allerdings nur verlangen, dass ihr die Ehewohnung zur *vorläufigen* Benutzung überlassen wird. Der Richter kann in dieser Phase des Getrenntlebens das Mietverhältnis also nicht umgestalten.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Die Beteiligung des Vermieters ist nach § 7 HausrVO zwingend vorgeschrieben.

<sup>33</sup> Die Begründung eines neuen Mietverhältnisses ist jedoch nicht mehr zulässig, wenn der Vermieter im Vertrauen auf die Kündigung die Wohnung bereits an einen Dritten vermietet hat (vgl. KG KG-Report 1998, 44; AG Hamburg-Altona MDR 1994, 1125 = FamRZ 1995, 677 LS). Die Befugnis zur „Gestaltung der Rechtsverhältnisse“ an der Ehewohnung gemäß § 5 HausrVO reicht nicht so weit, dass der Familienrichter in das Mietverhältnis mit dem Dritten eingreifen und es wieder auflösen könnte. Außerdem setzt § 5 Abs. 2 Satz 1 HausrVO voraus, dass kein Mietverhältnis an der Ehewohnung besteht. In diesem Fall liegt aber ein wirksames Mietverhältnis mit dem Dritten vor. Schließlich kann der Familienrichter einem „gutgläubigen Vermieter“ aber auch nicht einen zweiten Mieter aufzwingen, indem er mit dem in der Wohnung verbliebenen Ehegatten ein neues Mietverhältnis begründet (§ 5 Abs. 2 S. 1 HausrVO). Etwas anderes gilt, wenn der Vermieter mit dem Alleinmieter bei der Kündigung zum Nachteil des anderen Ehegatten kollusiv zusammengewirkt hat.

<sup>34</sup> Vgl. BayObLG NJW 1961, 317, 318; OLG Hamburg FamRZ 1982, 939, 940; KG FamRZ 1984, 1242; OLG München FamRZ 1991, 1452, 1454.

<sup>35</sup> Nach § 1361 b Abs. 3 S. 2 BGB kann der aus der Wohnung gewiesene Ehegatte von dem nutzungsberechtigten Ehegatten eine Nutzungsvergütung verlangen, wenn dies der Billigkeit entspricht (vgl. nur Palandt/Brudermüller § 1361 b BGB Rn. 19 ff.).

Variante 2:

*F lebt in Scheidung.*

Eine endgültigen Wohnungszuweisung ist im Zusammenhang mit der Scheidung gemäß § 5 HausrVO möglich. Die begehrte Umgestaltung des Mietverhältnisses kann nun ab diesem Zeitpunkt erfolgen.

Variante 3:

*M ist damit einverstanden, dass F mit den Kindern auch nach der Scheidung in der Wohnung bleibt. Vermieter V ist jedoch nicht bereit, M als Vertragspartner aus dem Mietvertrag zu entlassen. Auch F hat kein Interesse, künftig Alleinmieter zu sein. M beantragt daraufhin, dass das Mietverhältnis ab Rechtskraft der Scheidung allein zwischen F und V fortgesetzt wird, und er aus dem Mietvertrag ausscheidet. F will zwar weiter in der Wohnung bleiben, widersetzt sich aber einer Umgestaltung des Mietvertrags.*

Kann die Wohnung einem Ehegatten *gegen dessen Willen* zugewiesen werden? Das wird nach verbreiteter Ansicht unter Hinweis darauf, dass die Wohnungszuweisung eine „Rechtswohlthat“<sup>36</sup> sei, abgelehnt. Diese Auffassung führt jedoch zu Schwierigkeiten in den Fällen, in denen ein Ehegatte die Wohnung zwar behalten möchte, sich aber außer Stande sieht, den Mietvertrag allein fortzusetzen, und der andere sich weigert, das Mietverhältnis wie bisher aufrecht zu erhalten.

Die Wohnungszuweisung nach der HausrVO hat nicht den Zweck, den ausziehenden Ehegatten von seinen Verpflichtungen aus dem Mietvertrag zu entlassen.<sup>37</sup> Zu den (ungeschriebenen) sachlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 HausrVO gehört es, dass einer der Ehegatten die Wohnung behalten will.<sup>38</sup> Wollen beide das Mietverhältnis nicht fortsetzen, so können sie es nur durch gemeinsame Kündigung beenden.<sup>39</sup> Im Beispielsfall will F indes weiter in der Wohnung bleiben, aber ihren Ehemann nicht aus der Mithaftung entlassen. Ohne Mitwirkung der F kann M nicht aus dem Mietverhältnis ausscheiden, weil wegen der Einheitlichkeit des Mietvertrags er allein das von beiden eingegangene Mietverhältnis nicht kündigen kann.<sup>40</sup>

Ein Ehegatte hat gegen den in der Wohnung verbliebenen Ehegatten nach h.M. keinen Anspruch auf Zustimmung zur Kündigung des Mietvertrags über die Ehwohnung,<sup>41</sup> jedenfalls wenn dem weichenden Ehegatten ein Anspruch auf Zustimmung zur Kündigung versagt wird.<sup>42</sup> Ein solcher Anspruch ergibt sich grundsätzlich nicht aus der ehelichen Lebensgemeinschaft (genauer: aus der während der Ehe begründeten Treue- und Fürsorgepflicht).

<sup>36</sup> OLG Celle FamRZ 1981, 958.

<sup>37</sup> OLG Celle FamRZ 1981, 958; OLG Hamburg FamRZ 1983, 621; OLG Köln FamRZ 1989, 640; OLG München FamRZ 1996, 674.

<sup>38</sup> Soweit OLG Celle FamRZ 1981, 958 die Ansicht vertritt, dass die Wohnung einem Ehegatten nicht gegen dessen Willen zugewiesen werden könne (zust. Erman/Dieckmann, BGB, 10. Aufl., § 1 HausrVO Rn. 6, § 5 HausrVO Rn. 2; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 1 HausrVO Rn. 20, § 5 Rn. 7), so lag dem damals zu entscheidenden Fall der Sachverhalt zugrunde, dass keiner der beiden Ehegatten die Wohnung behalten wollte. Dem Antragsteller ging es nur darum, durch seinen Antrag auf Zuweisung der Wohnung an den anderen Ehegatten seine eigene Entlassung aus dem Mietverhältnis zu erreichen.

<sup>39</sup> Vgl. nur Haußleiter/Schulz 4 Rn. 83.

<sup>40</sup> BayObLG FamRZ 1983, 701; OLG Karlsruhe FamRZ 1981, 182.

<sup>41</sup> So LG Flensburg FamRZ 1983, 1025 m. zust. Anm. Brühl; AG Charlottenburg FamRZ 1990, 532; AG Wetzlar FamRZ 2003, 379. Vgl. auch OLG Karlsruhe FamRZ 1993, 820, 821; AG Wetzlar FamRZ 2003, 379; Haußleiter/Schulz 4 Rn. 84; Soergel/Heintzmann § 5 HausrVO Rn. 8; Staudinger/Weinreich, BGB, 13. Aufl., § 5 HausrVO Rn. 15 – a.A. OLG Düsseldorf FamRZ 1993, 575; AG Flensburg FamRZ 1983, 1024; AG Aachen FamRZ 1995, 1151.

<sup>42</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 1993, 820, 821. Vgl. Johannsen/Henrich/Brudermüller § 5 HausrVO Rn. 9.

Die frühere eheliche Lebensgemeinschaft (§ 1353 Abs. 1 S. 2 BGB) verpflichtet einen Ehegatten nur dann, bei einem Rechtsgeschäft des anderen Ehegatten mitzuwirken, wenn dies ohne Verletzung eigener Interessen möglich ist.<sup>43</sup> Im Beispielsfall kann die Mitwirkung von F nicht verlangt werden, da durch die Kündigung das Mietverhältnis insgesamt enden würde und sie die Wohnung räumen müsste.

Auch aus Gesellschafts- (§§ 723, 730 BGB) oder Gemeinschaftsrecht (§§ 741, 749 BGB) folgt kein Anspruch gegen den Ehegatten auf Zustimmung zur Kündigung der Ehwohnung. Zwar wird bei einer Mietermehrheit, insbesondere bei nichtehelichen Gemeinschaft, ein Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnis angenommen,<sup>44</sup> bei Ehegatten aber wird das schuldrechtliche Verhältnis untereinander von den familienrechtlichen Beziehungen „überlagert“. <sup>45</sup> Dem entspricht es, das Innenverhältnis unter Ehegatten als Wohnungsmieter familienrechtlich, nicht schuldrechtlich, zu qualifizieren.<sup>46</sup>

Folgt man dieser Ansicht, so besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Zustimmung zur Wohnungskündigung. Danach bliebe dem die Wohnung verlassenden Ehegatten nichts anderes übrig, als die Zuweisung der Wohnung an sich zu beantragen, um das Mietverhältnis allein fortsetzen und - nun als Alleinmieter - sogleich kündigen zu können.

Dieser Weg wäre nicht nur umständlich, sondern würde die Vorteile des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit ungenutzt lassen, die gerade in der Flexibilität der Gestaltungsmöglichkeiten bestehen. In diesem Verfahren ist der Richter in seiner Sachentscheidung zur Gestaltung des Mietverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ungebunden: er entscheidet „nach billigem Ermessen“ (§ 2 HausrVO).

Vorzuziehen ist daher ein immanenter Lösungsansatz aus der HausrVO als Sonderregelung.<sup>47</sup> Daraus, dass § 5 Abs. 1 S. 1 HausrVO eine Umgestaltung des Mietverhältnisses ermöglicht, lässt sich das Recht des weichenden Ehegatten ableiten, die Fortsetzung des Mietverhältnisses allein mit dem Ehegatten, der in der Wohnung bleiben will, zu beantragen. Auf diesem Weg kann er erreichen, dass er durch richterliche Gestaltung aus dem Mietverhältnis ausscheidet.<sup>48</sup> Allgemein ließe sich daraus folgern, dass jeder Ehegatte die Möglichkeit haben muß, die Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem anderen, in der Wohnung verbliebenen Ehegatten zu beantragen.

M könnte in unserem Fall also den Antrag stellen, dass das Gericht die Wohnung ab Rechtskraft der Scheidung einem Ehegatten allein zuweist und das Mietverhältnis entsprechend umgestaltet.

## II. Eingetragene Lebenspartner

Die gleiche Rechtslage gilt nunmehr auch für gleichgeschlechtliche Partner in sog. Eingetragener Lebenspartnerschaft. Die heftige rechts- und gesellschaftspolitische Diskussion<sup>49</sup> um

<sup>43</sup> BGH FamRZ 1977, 38, 40; AG Charlottenburg FamRZ 1990, 532, 533; Staudinger/Weinreich § 5 HausrVO Rn. 15.

<sup>44</sup> Zum Vermögensausgleich bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft vgl. BGH FamRZ 1982, 1065; 1983, 791; 1992, 408; 1993, 939.

<sup>45</sup> Haußleiter/Schulz 4 Rn. 86. Vgl. auch Volmer FamRZ 1999, 262 ff., wonach die Regeln des Gesellschafts- und Gemeinschaftsrechts der Interessenlage unter Ehegatten als Wohnungsmieter nicht schuldrechtlicher, sondern familienrechtlicher Natur sind.

<sup>46</sup> So KG MDR 1960, 586; OLG Hamm FamRZ 1983, 911. Vgl. Johannsen/Henrich/Brudermüller § 5 HausrVO Rn. 9 m.w.N.

<sup>47</sup> Ebenso Haußleiter/Schulz 4 Rn. 87.

<sup>48</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 1993, 801; OLG Hamm FamRZ 1994, 388 (ohne Begründung).

<sup>49</sup> Vgl. die Nachweise in Palandt/Brudermüller Einl. Rn. 2 vor LPartG.

das Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16.2.2001 - genauer: Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (LPartG)<sup>50</sup> - hat durch das (mehrheitliche) Verdikt des Bundesverfassungsgerichts<sup>51</sup> ein Ende gefunden.

In Nachbildung von § 1361 b BGB normiert § 14 LPartG in Abs. 1 Satz 1,<sup>52</sup> dass ein Lebenspartner, sofern die Lebenspartner getrennt oder einer von ihnen getrennt leben will, verlangen kann, dass ihm der andere die gemeinsame Wohnung oder einen Teil zur alleinigen Benutzung überlässt, soweit dies auch unter Berücksichtigung der Belange des anderen Lebenspartners notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden. Gesetzestechnisch wurde also lediglich das Wort „Ehegatte“ durch „Lebenspartner“ ersetzt.

§ 18 LPartG enthält eine der Rechtslage bei Ehegatten entsprechende Regelung für die Wohnungszuweisung. Hinsichtlich der gemeinsamen Wohnung kann das Gericht wie bei getrennt lebenden Ehegatten bestimmen, dass ein von beiden Lebenspartnern eingegangenes Mietverhältnis von einem Lebenspartner allein fortgesetzt wird oder ein Lebenspartner in das nur von dem anderen Lebenspartner eingegangene Mietverhältnis an dessen Stelle eintritt (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 LPartG).<sup>53</sup>

§ 14 LPartG ermöglicht die Zuweisung der lebenspartnerschaftlichen Wohnung schon während des Getrenntlebens der Lebenspartner, während die Regelung des § 18 LPartG i.V.m. der HausratsVO erst die Zeit nach der Aufhebung der Lebenspartnerschaft betrifft.

Das bedeutet im Praktischen, dass die für Ehegatten entwickelten Lösungen der Beispielsfälle ohne weiteres sinngemäß auf gleichgeschlechtliche Paare in Eingetragener Lebenspartnerschaft übertragen werden können. Es gilt nichts Besonderes. Die Zäsur verläuft zwischen Ehe und Eingetragener Partnerschaft auf der einen Seite und nichtehelicher Lebensgemeinschaft<sup>54</sup> auf der anderen Seite, wie sich aus Folgendem ergibt.

### III. Lebensgefährten

Während Ehe und Eingetragene Lebenspartnerschaft vom Gesetzgeber jedenfalls insoweit gleichgestaltet wurden, als es um die Wohnungszuweisung geht, ist die Rechtslage für Partner(innen) in nichtehelicher Lebensgemeinschaft wesentlich anders, mag die Partnerschaft auch auf Dauer angelegt sein und „generative Funktion“ haben, wenn in der Gemeinschaft Kinder betreut wurden.

Das Problem stellt sich vor allem deshalb, weil § 1361 b BGB und die Vorschriften der HausrVO für nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht – auch nicht analog – herangezogen werden. Dies ist nahezu einhellige Meinung. Die entgegenstehende Ansicht des Landgerichts München<sup>55</sup> hat demgegenüber zu Recht keine Zustimmung gefunden.<sup>56</sup>

Die Regelungslücke infolge mangelnder analoger Anwendbarkeit der für Ehegatten (bzw. Lebenspartner) geltenden Vorschriften hat rechtspolitisch den Gesetzgeber endlich zum Handeln veranlasst. Seit gut einem Jahr ist das eingangs schon erwähnte GewSchG vom

<sup>50</sup> BGBl. I S. 266.

<sup>51</sup> BVerfG NJW 2002, 2543.

<sup>52</sup> Die Vorschrift musste als Folge der Neufassung des § 1361 b BGB kurz nach Inkrafttreten im Rahmen des GewSchG bereits wieder geändert werden (Art. 11 GewSchG, BGBl. I S. 3513, 3517).

<sup>53</sup> Steht die gemeinsame Wohnung im Eigentum oder Miteigentum eines Lebenspartners, so kann das Gericht gemäß § 18 Abs. 2 LPartG für den anderen Lebenspartner ein Mietverhältnis an der Wohnung begründen, wenn der Verlust der Wohnung für ihn eine unbillige Härte wäre.

<sup>54</sup> Der Begriff umfasst Partner(innen) in heterosexueller und in homosexueller, nicht eingetragener Lebensgemeinschaft.

<sup>55</sup> NJW-RR 1991, 834.

<sup>56</sup> Vgl. Brudermüller FamRZ 1994, 207 ff. m.w.N.

11. 12. 2001 in Kraft. Dieses Gesetz hat in § 2 eine eigenständige Anspruchsgrundlage für die Zuweisung der Ehwohnung an eine durch eine Gewalttat verletzte Person geschaffen. Eine Wohnungszuweisung nach § 2 GewSchG kann auch ein Ehegatte oder ein Partner/eine Partnerin einer Eingetragenen Lebensgemeinschaft verlangen. § 1361 b BGB ist allerdings Spezialnorm in den Fällen, in denen die Ehegatten (oder gemäß § 14 LPartG die LebenspartnerInnen) bereits getrennt leben oder einer von ihnen die Trennung begehrt.

Fall D (Abänderung des Ausgangsfalls A):

*Die Lebensgefährtin L trägt vor, ihr Lebensgefährte M habe sie brutal geschlagen. Sie möchte, dass M die Wohnung verlassen muss.*

Voraussetzung einer Wohnungszuweisung nach dem GewSchG ist zum einen, dass eine Gewalttat i.S. des § 1 GewSchG begangen wurde, also eine Person vorsätzlich den Körper, die Gesundheit oder die Freiheit<sup>57</sup> eines anderen verletzt hat.

Zum anderen müssen Täter und Opfer einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt geführt haben. Der Begriff „gemeinsamer Haushalt“ ist dem Mietrechtsreformgesetz vom 7.7.2001<sup>58</sup> entnommen und umfasst wie dort auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaften, die über reine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaften hinausgehen. Charakteristisch ist, dass diese Gemeinschaften innere Bindungen aufweisen und weitere Beziehungen gleicher Art nicht zulassen.<sup>59</sup> Der Gesetzgeber hat nicht nur an hetero- und homosexuelle Partnerschaften gedacht, sondern auch an ein dauerhaftes Zusammenleben alter Menschen, die als Alternative zum Altersheim zusammenleben.<sup>60</sup>

Durch das GewSchG wurde eine klare Rechtsgrundlage für Schutzanordnungen bei Vorsatz- und Belästigungen geschaffen. Eine Überlassung einer gemeinsam genutzten Wohnung soll auch bei Personen, die nicht miteinander verheiratet sind, ermöglicht werden, um so künftigen oder weiteren Gewalteinwirkungen entgegenzuwirken. Das Vollstreckungsrecht wurde reformiert, um eine Verbesserung und schnellere Umsetzung gerichtlicher Entscheidung zu erreichen.<sup>61</sup> Schließlich soll durch die Strafbewährung<sup>62</sup> gerichtlicher Schutzanordnungen deren effektive Durchsetzung gewährleistet werden.

Für den besonderen, in der Praxis häufigen Fall, dass die Gewalteinwirkung zwischen Personen stattfand, die zum Zeitpunkt der Tat in einer auf Dauer angelegten häuslichen Gemeinschaft lebten, eröffnet das GewSchG in § 2 die Möglichkeit für das Opfer einer vorsätzli-

<sup>57</sup> Das bloße Aussperren aus der Wohnung stellt nach h.M. keine Freiheitsverletzung i.S. des GewSchG dar; denn eine Rechtsgutverletzung kann nur unter den Voraussetzungen angenommen werden, die auch für § 823 Abs. 1 BGB gelten (vgl. Palandt/Brudermüller § 1 GewSchG Rn. 5). Eine Freiheitsberaubung i.S. dieser Vorschrift ist in demselben Sinn wie die in § 239 StGB unter Strafe gestellte Freiheitsberaubung zu verstehen; diese erfasst nur Vorgänge, die dem Betroffenen die Möglichkeit nehmen, einen bestimmten Ort zu verlassen, nicht aber Handlungen, durch die der Zutritt verhindert wird (a.A. Grziwotz NJW 2002, 872, 873, der den Begriff der Freiheitsverletzung i.S. des GewSchG weiter fasst; offen OLG Köln, B. v. 6.2.2003, Az. 14 UF 249/02).

<sup>58</sup> Vgl. § 563 Abs. 2 S. 4 BGB; dazu BR-Drucks. 439/00 S. 92 u. BT-Drucks 14/5429 S. 30, 71.

<sup>59</sup> Gesetzgebungstechnisch wird in § 1 GewSchG grundsätzlich nicht unterschieden, ob zwischen dem Täter und dem Gewaltopfer vorher eine intime Beziehung oder eine lose Bekanntschaft bestand oder ob sie sich fremd sind (vgl. auch Schumacher FamRZ 2001, 953, 955).

<sup>60</sup> Wohngemeinschaften von Studenten oder Auszubildenden dürften dagegen nicht auf Dauer angelegt sein (ebenso Schumacher FamRZ 2002, 650).

<sup>61</sup> In die ZPO wurde § 892 a neu eingefügt; danach wird dem Anspruchsinhaber die Vollstreckung erleichtert, indem er einen Gerichtsvollzieher zuziehen darf, der gegen renitente Täter unmittelbaren Zwang einsetzen kann. Werden die vollstreckbaren gerichtlichen Anordnungen vom Täter mißachtet, macht er sich nach dem GewSchG außerdem strafbar.

<sup>62</sup> § 4 S. 1 GewSchG sieht eine Ahndung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe vor.

chen<sup>63</sup> und widerrechtlichen Körper-, Gesundheits- oder Freiheitsverletzung, vom Täter die Überlassung der gemeinschaftlich genutzten Wohnung zu verlangen.<sup>64</sup> Mit dieser Vorschrift wird der Grundsatz „Der Täter geht, das Opfer bleibt“ bei Gewalttaten im häuslichen Bereich umgesetzt.<sup>65</sup>

Der Anspruch auf Wohnungsüberlassung gewährt dem Opfer - genau wie bei § 1361 b BGB - nur eine vorläufige Nutzungsbefugnis, wenn es nicht allein oder mit einem Dritten an der Wohnung berechtigt ist.<sup>66</sup> § 2 GewSchG greift damit nicht in die in der Nutzung der Wohnung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse ein und begründet auch keine neuen Rechtsverhältnisse zwischen dem Nutzungsberechtigten und der überlassungspflichtigen Person, also auch kein neues Mietverhältnis.

Beim Anspruch auf Wohnungsüberlassung nach § 2 GewSchG sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Bei einer *vollendeten* Tat i.S.v. § 1 Abs. 1 GewSchG löst diese als solche den Überlassungsanspruch aus (§ 2 Abs. 1 GewSchG). Wird dagegen eine Rechtsgutverletzung „nur“ *angedroht*, setzt der Anspruch auf Wohnungsüberlassung weiter voraus, dass die Überlassung erforderlich ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden.

Von besonderer Bedeutung ist, dass nach dem GewSchG gerichtliche Schutzmaßnahmen gegen bestimmte unzumutbare Belästigungen ergriffen werden können, bei denen es nicht zu einer physischen Gewaltanwendung gegenüber dem Opfer kommt, die aber oftmals im Vorfeld geschehen. So kann Schutz vor unzumutbaren Belästigungen in Form von Verletzungen des Hausrechts (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 a GewSchG) sowie Nachstellungen und Belästigungen durch Fernkommunikationsmittel, vor allem sog. Telefonterror (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 b GewSchG), gewährt werden. Folgende Verbote können gegen den Täter ausgesprochen werden: die Wohnung des Opfers zu betreten, sich in einem bestimmten Umkreis von ihm aufzuhalten („Bannmeile“), bestimmte andere Orte aufzusuchen, an denen sich das Opfer aufhält, Verbindungen, auch über Telekommunikation, zu dem Opfer aufzunehmen, Zusammentreffen mit ihm herbeizuführen. Geschützt werden soll das Opfer vor Verhaltensweisen, die unter den neudeutschen Begriff „*stalking*“<sup>67</sup> fallen: ständiges Beobachten oder Überwachen einer Person, Auflauern, Mitteilungen auf Handy, Fon und Fax. All diese Betretungs-, Näherungs- und Kontaktaufnahmeverbote (§ 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1-5 GewSchG) können auch im Rahmen der Anordnung der Wohnungsüberlassung gerichtlich angeordnet werden können. Diese Maßnahmen sollen dem präventiven Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen vor allem im häuslichen Bereich dienen. Grundgedanke des Gesetzes ist, dass die Schaffung räumlicher Distanz ein wirksames Mittel zur Verhinderung weiterer Gewalt darstellt.

<sup>63</sup> Begeht ein Täter zumindest mit bedingtem Vorsatz, auch im Zustand der durch Rauschmittel verursachten Unzurechnungsfähigkeit, eine solche Tat, kann das Gericht Schutzmaßnahmen zugunsten des Opfers anordnen.

<sup>64</sup> Sind die Beteiligten getrennt lebende Ehegatten, ist Entsprechendes im Familienrecht geregelt (Art. 2 GewSchG i.V.m. § 1361 b BGB n.F.).

<sup>65</sup> Der Anspruch auf Wohnungsüberlassung ist nur unter engen, in § 2 Abs. 3 GewSchG geregelten Voraussetzungen ausgeschlossen.

<sup>66</sup> Die der gemeinsamen Nutzung der Wohnung durch Opfer und Täter zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse, also der Umstand, wer Mieter oder Eigentümer der betroffenen Wohnung ist, haben keinen Einfluss auf den Anspruch; sie sind aber bei der Frage der Dauer der alleinigen Nutzungsbefugnis zu berücksichtigen. Ist der Täter an der Wohnung dinglich oder schuldrechtlich (mit-)berechtigt, ist die Wohnungszuweisung an das Opfer auf sechs Monate zu befristen - mit der Option der einmaligen Verlängerung um weitere sechs Monate, wenn die verletzte Person angemessenen Ersatzwohnraum zu zumutbaren Bedingungen nicht erlangen konnte, es sei denn, daß wichtige Belange des Täters oder eines Dritten entgegenstehen. § 1666a Abs. 1 S. 2 BGB enthält für den Fall einer dinglichen oder schuldrechtlichen Berechtigung des verletzenden Elternteils oder Dritten zwar keine feste Zeitgrenze, die Berechtigung ist aber bei der Dauer der Maßnahme zu berücksichtigen.

<sup>67</sup> Der Begriff stammt aus der englischen Jägersprache und meint das „Heranpirschen“, im weiteren Sinn das Auflauern und Nachstellen des Opfers. Näher dazu Pechstaedt, *Stalking*, Strafbarkeit nach englischem und deutschem Recht, 1999. Vgl. auch Kerbein/Pröbsting ZRP 2002, 76.

All diese Schutzmaßnahmen können nun dank des GewSchG zugunsten der Lebensgefährtin F ergriffen werden. Ihr Schutz reicht also in Fällen der Gewalt ebenso weit wie der einer Ehefrau. Die Rechtslage ist materiellrechtlich prinzipiell gleichgeschaltet. Eine Umgestaltung des Mietverhältnisses ist - wie bei getrenntlebenden Ehegatten – freilich nicht möglich.<sup>68</sup>

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist stets zu beachten. Daraus kann sich ergeben, dass die Schutzmaßnahme zeitlich zu befristen ist oder von vornherein nur für bestimmte Zeiträume anzuordnen ist.<sup>69</sup>

*Variante 1:*

*F trägt vor, der Mann habe nicht sie, sondern das gemeinsame Kind geschlagen.*

Ein Blick in die Regelung des § 3 GewSchG führt zu einer Überraschung: Minderjährige Kinder und Personen, die unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehen, sind vom Anwendungsbereich des GewSchG ausdrücklich ausgeschlossen. Es erstaunt, dass ausgerechnet dieser ganz besonders schutzwürdige Personenkreis von den Schutzmaßnahmen nach § 1 GewSchG und insbesondere der Möglichkeit der Wohnungszuweisung nach § 2 GewSchG ausgeschlossen sein sollte. Geschützt sind diese Personen nach dem GewSchG nur, wenn die Gewalt von einem Dritten, der nicht sorgeberechtigt oder Vormund oder Betreuer ist, ausgeht. Im Verhältnis zum sorgeberechtigten Elternteil, zum bestellten Vormund oder Betreuer wäre das minderjährige Kind und die unter Vormundschaft oder Betreuung stehende Person nach den Regelungen des GewSchG danach schutzlos.

Der Gesetzgeber musste erst darauf gestoßen werden, dass dies der Intention des GewSchG krass zuwiderlaufen würde. Er hat sich daher beeilt, die Lücke durch Einführung eines neuen § 1666 a Abs. 1 Satz 2 BGB im Rahmen des Kinderrechteverbesserungsgesetzes vom 9.4.2002<sup>70</sup> zu schließen. Sinn dieser Vorschrift ist, eine Rechtsgrundlage zu geben, den gewalttätigen Elternteil oder seinen Partner zum Schutz des Kindes aus der Wohnung zu weisen. Nach dieser Vorschriften des BGB kann das Familiengericht von Amts wegen zugunsten minderjähriger Kinder eingreifen und auch das Vormundschaftsgericht zugunsten einer unter Vormundschaft oder Betreuung stehenden Person tätig werden.

Die Lösung dieser Fallvariante kommt also doch noch zu einem guten Ende.

*Variante 2:*

*Die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebende Mutter möchte die Wohnungszuweisung erreichen, weil das gemeinsame Kind wegen schwerwiegender Reibereien zwischen den Eltern starke Verhaltensauffälligkeiten zeigt.*

Der Fall entspricht dem Ausgangsfall A in der Variante 5. Von Gewalt oder auch nur ange drohter Gewalt ist nicht die Rede. Der Sachverhalt liegt unterhalb der Eingriffsschwelle des GewSchG, dieses Gesetz kann also keine Anwendung finden. Auch andere Anspruchsgrundlagen greifen nicht. Anders als bei einer „ehelichen“ Familie ist die „nichteheliche“ Familie insoweit nicht geschützt. Das Wohl des Kindes in dieser Gemeinschaft bleibt in diesem Fall außen vor. Der Hinweis, die Eltern könnten ja heiraten, nutzt dem Kind wenig.

<sup>68</sup> Der Täter kann von der verletzten Person allerdings eine Nutzungsvergütung verlangen, wenn dies der Billigkeit entspricht, wie in § 2 Abs. 5 GewSchG (entsprechend § 1361 b Abs. 3 S. 2 BGB) ausdrücklich geregelt ist.

<sup>69</sup> Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 6.2.2003, Az. 14 UF 249/02, zur Befristung des Betretensverbots.

<sup>70</sup> Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten vom 9.4.2002, BGBl. I S. 239. Vgl. BT-Drucks. 14/8131 S. 8 ff.

#### **IV. Fazit**

Gegen Gewalt ist Schutz gewährleistet – in welcher Lebensform auch immer, sei es also bei Ehegatten, Lebenspartnern oder Lebensgefährten. Die Sanktionsmechanismen sind weitgehend gleichgeschaltet. Außerhalb dieses Bereichs stehen sich zwar Ehegatten und Lebenspartner in Eingetragener Lebenspartnerschaft gleich, nicht aber Lebensgefährten in nicht-ehelicher Lebensgemeinschaft. Das erstaunt umso mehr in Fällen, in denen das Wohl von Kindern in diesen – inzwischen stark verbreiteten - Gemeinschaften beeinträchtigt ist. Geht es um das Kindeswohl, darf es nicht ausschlaggebend sein, ob die Form des Zusammenlebens institutionalisiert ist oder nicht. Die Konsequenzen daraus, dass nicht miteinander verheiratete Eltern gemeinsam sorgeberechtigt sein können, hat der Gesetzgeber im Bereich der Wohnungszuweisung bislang nicht gezogen. Kommt es zum Bruch der Gemeinschaft, fehlt ein umfassender Schutz wie bei Ehegatten. Das mag, soweit es das Partnerverhältnis betrifft, unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt sein, dass Partner in nichtehelicher Gemeinschaft die Ehe schließen oder, als gleichgeschlechtliche Partner(innen), ihre Partnerschaft eintragen lassen könnten und dann in den Genuss vollen Rechtsschutzes kämen. Eine Differenzierung kann indes unter keinem Gesichtspunkt gerechtfertigt sein, soweit es um das Wohl der Kinder in dieser Gemeinschaft geht. Sie zu schützen, muss oberstes Gebot einer Gesellschaft sein, die ein Interesse daran hat, dass Kinder in einer möglichst störungsfreien häuslichen Atmosphäre aufwachsen, und die sich der Solidarität gegenüber dem schwächsten Glied – das sind die Kinder – verantwortlich weiß.