

Titel:

Zulässigkeit eines während der Trennungszeit geltend gemachten Antrages des Eigentümer-Ehegatten gegen den anderen Ehegatten auf Herausgabe des vor der Trennung als Ehwohnung genutzten Hauses

Normenketten:

BGB § 242, § 985, § 986 Abs. 1 S. 1, § 1353, § 1361b Abs. 1 S. 3, Abs. 4, § 1353, § 1453 Abs. 1

GG Art. 6 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1

FamFG § 48 Abs. 1, § 70 Abs. 2, § 266 Abs. 1 Nr. 3

ZPO § 92 Abs. 1 S. 1

Leitsätze:

1. Während der Trennungszeit kann der auf § 985 BGB gestützte Antrag eines Ehegatten gegen den anderen auf Herausgabe der Ehwohnung zulässig sein, wenn die Nutzung der Ehwohnung nicht bereits gerichtlich geregelt ist und nicht mehr geregelt werden kann, weil ein Anspruch auf Überlassung der Ehwohnung von keiner Seite mehr möglich ist. In einem solchen Fall ist der Herausgabeanspruch des Eigentümers nach § 985 BGB unter Beachtung der in § 1361b BGB zum räumlichen Schutz der Ehe entwickelten Abwägungskriterien auf der Begründetheitsebene zu prüfen. (redaktioneller Leitsatz)

2. Mit dem Auszug eines Ehegatten geht der Charakter der Ehwohnung verloren, wenn der Auszug nicht nur den aktuellen Erfordernissen der Trennungssituation geschuldet ist, sondern der die Wohnung verlassende Ehegatte diese endgültig aufgibt (Weiterentwicklung von OLG Hamm NJW 2015, 1349). (redaktioneller Leitsatz)

3. Hat ein Ehegatte während der Trennungszeit die Ehwohnung endgültig aufgegeben, ist ein Zuweisungsverfahren nach der lex specialis des § 1361b BGB weder für den einen, noch für den anderen Ehegatten möglich. (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Trennungszeit, Zuweisung der Ehwohnung, Charakter als Ehwohnung, Scheidungsverfahren, Ehwohnung, Eigentumsrecht, Recht zum Besitz, Unterhalt, Zulässigkeit, praktische Konkordanz

Vorinstanz:

AG Miesbach, Beschluss vom 12.02.2015 – 1 F 313/13

Rechtsmittelinstanz:

BGH Karlsruhe, Beschluss vom 28.09.2016 – XII ZB 487/15

Fundstelle:

BeckRS 2016, 19377

Tenor

1. Auf die Beschwerde des Antragstellers hin wird der Endbeschluss des Amtsgerichts Miesbach vom 12.02.2015 aufgehoben.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Anwesen ... in ... spätestens zum 31.03.2016 an den Antragsteller herauszugeben.
3. Von den Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin 90%, der Antragsteller trägt 10%.
4. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

1. Der Antragsteller verlangt von der Antragsgegnerin die Herausgabe eines in seinem Alleineigentum stehenden Hauses.

2

Die Beteiligten sind seit 1991 verheiratet. Im Jahre 1999 erwarb der Antragsteller, der im Jahr 1995 von seinem Vater 74,4% Firmenanteile an den ...-Werken, einem mittelständischen Familienbetrieb, übertragen bekommen hatte, das Haus ... in ... das die Beteiligten mit den drei im Jahre 1991, 1993 und 1995 geborenen Kindern einzogen. Der Antragsgegner ging unter der Woche im Bereich Ludwigshafen seiner Arbeit nach und verbrachte die Wochenenden bei der Familie. Da die Antragsgegnerin sich in dem ihrer Meinung nach zu dunklen Haus nicht wohlfühlte und bereits ab dem Jahr 2003 ausziehen wollte, einigten sich die Beteiligten im Jahr 2004 auf einen Verkauf des Hauses, für den sie auch Makler einschalteten. Im November 2004 erwarb der Antragsteller das Haus ... in ... zum Kaufpreis von 3,4 Mio. Euro. Nach dem Besitzübergang im Jahr 2005 wurde das Haus über einen längeren Zeitraum baubiologisch umgebaut. Auf den Kaufpreis zahlte der Antragsgegner zunächst einen Betrag von 400.000 € aus einem bei der Sparkasse aufgenommenen Darlehen; der restliche Kaufpreis sollte aus dem Verkaufserlös des Hauses ... bezahlt werden.

3

Die Beteiligten trennten sich Anfang 2006. Nach der Trennung lebte der Antragsteller zunächst in einem Haus in Wachenheim, das im Eigentum der Antragsgegnerin stand. Die Antragsgegnerin reichte mit Schriftsatz vom 19.12.2006 die Scheidung ein, der Antragsgegner stellte seinerseits Scheidungsantrag mit Schriftsatz vom 12.01.2007. Über das Scheidungsverfahren 1 F 586/06 ist bislang in erster Instanz vom Amtsgericht Miesbach noch nicht entschieden worden.

4

Im Rahmen des Scheidungsverfahrens 1 F 586/06 beantragte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 23.11.2007, ihr im Wege der einstweiligen Anordnung das Haus Sonnenmoosstr. 33 für die Dauer der Trennung zur alleinigen Nutzung zuzuweisen und weitere Verkaufsbemühungen zu unterlassen; hilfsweise beantragte sie, ein Nutzungsverhältnis an der Ehwohnung zu begründen. Der Antragsgegner widersetzte sich dem Antrag der Antragstellerin. Er erklärte, beide Eheleute hätten sich auf den Verkauf des Hauses geeinigt, dennoch habe er keinen Druck auf die Antragstellerin ausgeübt. Er sei nunmehr in das Haus ... eingezogen. Nachdem das Jugendamt in seiner Stellungnahme vom 18.12.07 erklärt hatte, es halte einen kurzfristigen Auszug der Kinder aus der Wohnung für bedenklich und empfehle einen Umzug während der Sommerferien nach adäquater Vorbereitung, erklärte der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung vom 19.12.2007, er sei mit einem Verbleib der Antragstellerin und der Kinder im Anwesen ... bis zum 15.09.2008 einverstanden, soweit die Antragstellerin weitere Besichtigungen von Kaufinteressenten zulasse. Eine diesbezügliche Vereinbarung kam zwischen den Beteiligten nicht zustande, jedoch nahm die Antragstellerin ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurück. Ein Hauptsacheverfahren zur Zuweisung der Ehwohnung wurde von der Antragstellerin nicht eingeleitet. In einer im Scheidungsverfahren am 30.04.2008 durchgeführten mündlichen Verhandlung erklärte die Antragstellerin, sie halte sich bezüglich der Besichtigungen durch Kaufinteressenten an die „im letzten Termin im Dezember 2007 getroffene Vereinbarung“.

5

Das Haus ... wurde im Jahr 2011 für einen Preis von 7,2 Mio. € verkauft. Mit dem Verkaufserlös wurden im Wesentlichen Darlehen zurückgeführt und Maklergebühren bezahlt. Ein Antrag des Antragstellers im Jahr 2011, ihm im Wege der einstweiligen Anordnung das Anwesen ... zur alleinigen Nutzung zuzuweisen, wurde vom Amtsgericht Miesbach im Verfahren 1 F 234/11 mit Beschluss vom 24.05.2011 mit der Begründung zurückgewiesen, das Haus habe wegen des Auszugs des Antragstellers im Jahr 2006 seinen Charakter als Ehwohnung verloren; eine Zuweisung nach § 1361 b BGB scheidet daher aus (Anl. zum Schriftsatz vom 20.08.2013 = Bl. 5).

6

Darauf mietete der Antragsteiler am 24.07.2011 ein anderes Haus in der ... in ... Rottach-Egern für eine monatliche Miete von 3.000 € zzgl. Nebenkosten, schloss aber - da der Vermieter eine Veräußerung nach zwei Jahren beabsichtigte - gleichzeitig einen Mietaufhebungsvertrag zum 31.07.2013. Das Haus wurde im April 2013 verkauft, der Antragsteller wohnt jedoch nach wie vor darin.

7

Mit Schreiben vom 18.04.2013, dessen Zugang von der Antragsgegnerin bestritten wird, und nochmals mit Schreiben vom 12.06.2013 forderte der Antragsteller die Antragsgegnerin zur Herausgabe des Hauses mit der Begründung auf, auch die jüngste Tochter habe nunmehr die Schule abgeschlossen und sei volljährig; daher sei er mit einer weiteren Nutzung nicht mehr einverstanden; er beabsichtige, nunmehr selbst mit der neuen Lebenspartnerin und dem Kind aus der neuen Beziehung einzuziehen.

8

Die Antragsgegnerin widersetzte sich dem Ansinnen des Antragstellers und erklärte, sie sei berechtigt, bis zum Abschluss des Scheidungsverfahrens weiter in dem Haus wohnen zu bleiben.

9

Das Amtsgericht Miesbach wies den Antrag mit Endbeschluss vom 12.02.2015 zurück.

10

Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner Beschwerde.

11

Er beantragt,

- die Entscheidung vom 12.02.2015 des Amtsgerichts Miesbach zum Az. (D) 1 F 313/13 aufzuheben
- die Antragsgegnerin zu verurteilen, das Anwesen ... in 83700 Rottach-Egern herauszugeben.

12

Die Antragsgegnerin beantragt,

- die Beschwerde des Antragstellers zurückzuweisen.

13

Die Scheidungsakten des Amtsgerichts Miesbach 1 F 586/06 wurden beigezogen.

14

2. Die Beschwerde ist gem. §§ 58 ff, 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG zulässig und in der Sache begründet; denn der Antragsteller hat gegen die Antragsgegnerin einen Anspruch auf Herausgabe des in seinem Alleineigentum stehenden Hauses Rottach-Egern.

15

2.1. Der Antrag des Antragstellers auf Herausgabe des Hauses gem. § 985 BGB ist vorliegend nicht unzulässig.

16

2.1.1. Nach ganz überwiegender Auffassung geht die Regelung des § 1361 b BGB als lex specialis dem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB vor, soweit eine Ehewohnung vorliegt (Baldus, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, Rn. 122 zu § 985 BGB; Weber-Monecke, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, Rn. 2 § 1361 b BGB). Dementsprechend wird ein auf § 985 BGB gestützter Antrag bereits als unzulässig angesehen (Graba, Das Familienheim beim Scheitern der Ehe, NJW 1987, 1721ff, 1722 m. w. N.). Der BGH hat dies in einem ersten hierzu entschiedenen Fall mit Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit einerseits und der Praktikabilität andererseits begründet; denn zum einen sollten, da das Prozessgericht der Ehescheidung (jetzt: das Familiengericht) einstweilige Anordnungen über die Nutzung treffen könne, Verfahren dieser mit der Ehesache auf Engste verknüpften Angelegenheiten bei den Gerichten konzentriert werden, die dem Scheidungsverfahren örtlich und sachlich am nächsten stünden (BGH NJW 1977, 43); zum anderen hänge die im Fall der Herausgabeklage vom Streitgericht zu prüfende Frage des Rechts zum Besitz nach § 986 BGB eng mit der Verpflichtung aus der ehelichen Lebensgemeinschaft (auf Überlassung der Ehewohnung oder Einräumung des Mitbesitzes) zusammen, die vom Scheidungsgericht zu prüfen sei (BGH a.a.O., S.44). In einem weiteren Urteil knüpfte der BGH daran an und führte sodann aus, ein Anspruch gem. § 985 BGB sei während bestehender Ehe ausgeschlossen, weil es nur in einer einstweiligen Anordnung im Scheidungsverfahren zu einer nach dem Willen des Gesetzgebers erforderlichen Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls komme (BGH NJW 1978, 1529, 1539). Die ausschließliche Zuständigkeit des Familiengerichts für die Benutzung der Ehewohnung und die daraus folgende Unzulässigkeit des Herausgabeanspruchs nach § 985 BGB hat der BGH auch später betont (so z. B. BGH NJW 1986, 1339).

17

2.1.2. Das Argument des BGH, das Familiengericht solle als sachnäheres Gericht über Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Ehe entscheiden, ist mit der Einführung des FamFG, wonach für Streitige Angelegenheiten zwischen Ehegatten im Zusammenhang mit der Ehe nicht mehr das Streitgericht, sondern ausschließlich das Familiengericht zuständig ist, entfallen. Hinzu kommt, dass den vom BGH entschiedenen Fällen eine Konstellation zugrunde lag, in denen eine Entscheidung der Familiengerichte nach den Spezialvorschriften des § 1361 b BGB grundsätzlich noch möglich war und die Ehewohnung dem einen oder anderen Ehegatten zur Nutzung zugewiesen werden konnte. Daher wird auch im Schrifttum die Meinung vertreten, dass für § 985 BGB grundsätzlich Raum bleibt, wenn für keinen Ehegatten die Voraussetzungen des familienrechtlichen Überlassungsanspruchs erfüllt sind (Erbath, Der Anspruch des die Ehewohnung verlassenden Ehegatten auf Entrichtung einer Nutzungsvergütung für die Zeit des Getrenntlebens, NJW 2000, 1379, 1383).

18

Der Senat schließt sich dieser Auffassung an. Der Antrag des Eigentümers nach § 985 BGB kann dann nicht unzulässig sein, wenn die Nutzung der Ehewohnung nicht bereits gerichtlich geregelt ist und nicht mehr geregelt werden kann, weil ein Anspruch auf Überlassung der Ehewohnung von keiner Seite mehr möglich ist. In einem solchen Fall ist der Herausgabeanspruch des Eigentümers vielmehr nach § 985 BGB unter Beachtung der in § 1361b BGB zum räumlichen Schutz der Ehe entwickelten Abwägungskriterien auf der Begründetheitsebene zu prüfen.

19

Hierfür spricht auch, dass andernfalls - wollte man einen Antrag nach § 985 BGB bereits als unzulässig einstufen - das aus Art. 14 Abs.1 GG folgende Eigentumsrecht des Antragstellers auf Dauer ohne eine sachliche Prüfung ausgehebelt würde. Dies aber widerspricht der Wertung des Gesetzgebers in § 1361b Abs.1 S.3 BGB, wonach das Eigentumsrecht besonders zu beachten ist.

20

Auch die Tatsache, dass bei gerichtlichen Entscheidungen nach § 1361b BGB grundsätzlich wegen der Dauerwirkung eine Abänderung nach § 48 Abs.1 FamFG möglich wäre, zeigt, dass selbst rechtskräftige Entscheidungen des Gerichts eine spätere Änderung der Sach- und Rechtslage berücksichtigen können. Es kann daher nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, tatsächliche Zustände einfach für alle Zeiten festzuschreiben, indem das Verfahren auf Herausgabe bereits unzulässig ist.

21

Zumindest in den Fällen, in denen eine gerichtliche Entscheidung zur Ehewohnung nicht mehr möglich ist, muss daher der Antrag auf Herausgabe zulässig sein.

22

2.1.3. Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben, weil eine Regelung der Nutzung an der Ehewohnung durch das Familiengericht bislang nicht vorliegt und keiner der Beteiligten eine Zuweisung der Ehewohnung an sich gem. § 1361b BGB beantragen kann.

23

2.1.3.1. Dies hängt allerdings nicht damit zusammen, dass, wie sich aus den beigezogenen Akten 1 F 586/06 des Scheidungsverfahrens ergibt, beide Eheleute bereits während des Zusammenlebens beschlossen hatten, das im Streit stehende Haus ... in Rottach-Egern zu veräußern und insbesondere die Antragsgegnerin nicht die Absicht hatte, weiter dort wohnen zu bleiben. Auch wenn die Antragsgegnerin am 14.12.2007 an Eides statt erklärte, sie habe mit den Kindern in das noch vor der Trennung erworbene Haus in der ... Rottach-Egern umziehen wollen, was der Antragsteller jedoch abgelehnt habe (Anlage A 8 zum Schriftsatz vom 14.12.07 im Verfahren 1 F 586/06, dort Bl. 18), ändert dies nach Ansicht des Senats nichts daran, dass das Haus ... nach wie vor Ehewohnung war, da unter Ehewohnung jede Räumlichkeit zu verstehen ist, die während der Ehe beiden Ehegatten als Unterkunft gedient hat (BGH NJW-RR 1990, 1026; Weber-Moneke, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, Rn. 4 zu § 1361b BGB) und zum Zeitpunkt der Trennung noch beide Eheleute mit ihren Kindern das Haus ... nutzten.

24

Auch die Tatsache, dass der Antragsteller unstrittig noch im Jahr 2006 aus dem Haus ausgezogen ist, bedeutet für sich allein noch nicht, dass damit das Haus den Charakter als Ehewohnung verloren hätte. Den

Charakter als Ehwohnung verlieren die Räume nämlich erst dann, wenn der Auszug nicht nur den aktuellen Erfordernissen der Trennungssituation geschuldet ist, sondern der die Wohnung verlassende Ehegatte diese endgültig aufgibt (OLG Hamm, NJW 2015, 1349, 2350 m. w. N.; Götz in Johannsen/Henrich, Familienrecht, 6. Aufl. 2015, Rn. 11 zu § 1361 b BGB m. w. N.). Aus den Scheidungsakten geht hervor, dass der Antragsteller nach der Trennung zunächst im Haus seiner Frau in Wachenheim wohnte. Schon daraus folgt für den Senat, dass dadurch eine endgültige Aufgabe der Ehwohnung zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorliegt, der Auszug vielmehr die für eine Trennungssituation typischen Merkmale einer Übergangssituation aufweist. Hierfür spricht auch, dass die Antragsgegnerin im November 2007 selbst noch im Wege der einstweiligen Anordnung die Zuweisung der Wohnung an sich beantragte, was nach einer endgültigen Überlassung weder notwendig, noch zulässig gewesen wäre.

25

Nach dem Einzug des Antragstellers in das Haus ... und dessen im Anordnungsverfahren geäußelter Absicht, das Haus ..., weiterhin verkaufen zu wollen, muss jedoch davon ausgegangen werden, dass der Antragsteller die Ehwohnung ... endgültig aufgegeben hat; denn durch die Verwirklichung des bereits früher geplanten Umzugs hat der Antragsteller zum Ausdruck gebracht, dass er keine Rückkehrabsicht in das frühere Haus mehr hat.

26

Dadurch hat das Haus ... aber seinen Charakter als Ehwohnung verloren (Weber-Moneke, a. a. O., OLG Celle, Beschluss vom 10.05.2000, 4 W 100/00, Rn.10; Palandt-Brudermüller, BGB, 73. Aufl. 2014, Rn. 6 zu § 1361 b BGB). Eine Zuweisung der Ehwohnung auf der Grundlage des § 1361b BGB kommt daher an keinen der Ehegatten mehr in Frage. Dementsprechend hat das Amtsgericht Miesbach auch mit rechtskräftigem Beschluss vom 24.05.2011 den Antrag des Antragstellers auf Zuweisung des Hauses ... ein mit der Begründung zurückgewiesen, das Haus habe den Charakter als Ehwohnung längst verloren. Damit ist ein auf den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB gestütztes Verfahren zulässig.

27

2.2. Der Anspruch auf Herausgabe ist auch gem. § 985 BGB begründet.

28

2.2.1. Unstreitig ist der Antragsteller alleiniger Eigentümer des Hauses ... das die Antragsgegnerin bewohnt.

29

2.2.2. Die Antragsgegnerin kann dem Herausgabeanspruch des Antragstellers auch kein Recht zum Besitz gem. § 986 Abs.1 S.1 BGB entgegensetzen.

30

2.2.2.1. Ein vertragliches Recht zum Besitz besteht nicht. Im Rahmen des Scheidungsverfahrens gab der Antragsteller im Verfahren auf einstweilige Anordnung Zuweisung der Ehwohnung zwar einseitig die Erklärung ab, mit einer Nutzung der ... durch die Antragsgegnerin bis zum 15.09.2008 einverstanden zu sein. Auch später duldete der Antragsteller den Verbleib der Antragsgegnerin in der ... zuletzt nach Abweisung seines Antrags auf Zuweisung der Ehwohnung am 24.05.2011, bis zum Abitur der jüngsten Tochter. Eine Vereinbarung über die Nutzung durch die Antragsgegnerin wurde jedoch nicht getroffen, ebenso wenig wurde ein Mietvertrag zwischen den Beteiligten geschlossen.

31

Eine Vereinbarung liegt auch nicht in dem Unterhaltsteilvergleich, den die Beteiligten am 19.02.2008 vor dem Oberlandesgericht München im Verfahren 12 UF 1316/07 schlossen; denn darin heißt es unter Ziffer 2. lediglich:

„Die Parteien sind sich darüber einig, dass der Wohnbedarf der Klägerin und der Kinder durch Zurverfügungstellung des Anwesens ... 82700 Rottach-Egern derzeit gedeckt ist“

32

Damit wird zum einen aber die Vorläufigkeit („derzeit“) zum Ausdruck gebracht, zum anderen aber lediglich klargestellt, dass bei der Unterhaltsberechnung nach dem konkreten Bedarf ein Wohnbedarf auf Seiten der Antragsgegnerin nicht anzusetzen ist.

33

2.2.2.2. Ein Recht zum Besitz ergibt sich vorliegend auch nicht aus § 1361b Abs.4 BGB.

34

Zwar ist der Antragsteller Ende 2007 endgültig aus der früheren Ehwohnung ausgezogen und hat eine ernsthafte Rückkehrabsicht jedenfalls bis zum Jahr 2011, als er die Zuweisung an sich selbst beantragte, nicht geäußert. Damit besteht nach § 1361b Abs.4 BGB grundsätzlich die unwiderlegbare Vermutung der Nutzungsüberlassung.

35

Im vorliegenden Verfahren ist eine Berufung auf § 1361b BGB jedoch ausnahmsweise wegen der besonderen Umstände und der langen Trennungszeit rechtsmissbräuchlich gem. § 242 BGB.

36

Zum einen hat der Antragsteller trotz seines Auszugs und der mangelnden Rückkehrabsicht von Anfang an klar gemacht, dass die Überlassung nur eine vorübergehende - zunächst bis zum Schuljahresende, später bis zum Abitur der jüngsten Tochter - sein sollte. Zum anderen darf vorliegend nicht übersehen werden, dass der Verkauf des Anwesens ... und damit ein Ende der Nutzung durch die Antragsgegnerin und den Antragsteller - von beiden Beteiligten bereits vor der Trennung geplant und eingeleitet war. Es war daher nur konsequent, dass der Antragsteller sich über Jahre hinweg um den Verkauf des Hauses bemühte und daher auch nicht die Rückkehr in die vormalige Ehwohnung betrieb. Von dem gemeinsam gefassten Entschluss, das Haus zu verkaufen und es künftig nicht mehr als Ehwohnung zu nutzen, konnte die Antragsgegnerin sich nicht einseitig lösen. Sie kann dem Antragsteller daher auch nicht entgegenhalten, dass er sich seinerseits daran hielt.

37

Hinzu kommt die ungewöhnliche Dauer des Scheidungsverfahrens. Mit § 1361 b Abs.4 BGB sollte Rechtssicherheit hinsichtlich der Nutzungsverhältnisse an der Wohnung während der - normalerweise überschaubaren - Trennungszeit geschaffen werden. Der Gesetzgeber hatte dabei aber gewiss nicht Verfahren im Sinn, in denen allein der Zwischenstreit über die Wirksamkeit des Ehevertrags länger dauert als die für Scheidungs- und Folgeverfahren üblicherweise angesetzten 2 1/2 Jahre und auch nach 9 Jahren noch nicht einmal der Zugewinn beziffert oder weitere Folgesachen wie nachehelicher Unterhalt anhängig gemacht worden sind. Angesichts einer Ehedauer von 15 Jahren ist die Trennungszeit mit 10 Jahren so ungewöhnlich lang, dass auch dies - in Zusammenschau mit den besonderen Umständen - eine Berufung auf § 1361 b BGB verbietet.

38

2.2.2.3. Ein Recht zum Besitz gem. § 986 BGB ergibt sich vorliegend auch nicht aus dem Wesen der Ehe.

39

Zwar folgt aus dem Schutz des räumlich-gegenständlichen Lebensbereichs der Ehe auch die Besitzberechtigung des während eines laufenden Scheidungsverfahrens in der ehelichen Wohnung zurückgebliebenen Ehegatten, die so lange andauert, bis sich die Beteiligten über die Nutzung der Wohnung geeinigt haben oder aber die Besitzberechtigung durch eine richterliche Entscheidung geregelt ist. Allein die Möglichkeit, die Besitzberechtigung für einen Ehegatten nach § 1361 b BGB zu beenden, zeigt jedoch, dass ein aus dem Wesen der Ehe folgendes Recht zum Mitbesitz nicht unbegrenzt besteht.

40

Durch den Auszug des Antragstellers aus der (Noch-)Ehwohnung hat das Haus ... Charakter der Ehwohnung verloren, so dass ein Verfahren nach der *lex specialis* des § 1361b BGB weder für den einen, noch für den anderen Ehegatten möglich ist. Dies bedeutet freilich nicht, dass damit nun der alleinige Eigentümer der Wohnung in jedem Fall sein Eigentumsrecht durchsetzen und vom besitzenden Ehegatten die Herausgabe nach § 985 BGB verlangen kann, da dies einerseits dem nach Art. 6 Abs.1 GG verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der Ehe zuwiderliefe, andererseits aber auch geradezu zum Missbrauch einladen würde: Durch die bloße Aufgabe der Ehwohnung könnte das während der Ehe bestehende Recht des anderen Ehegatten am (Mit-)Besitz der Ehwohnung kurzerhand ausgehebelt werden. Bei der Anwendung und Auslegung des Zivilrechts haben die Fachgerichte die Grundrechte zu berücksichtigen (Muckel, *Praktische Konkordanz gegenläufiger Grundrechte im Zivilrecht*, JA 2010, 670) und im Wege der praktischen Konkordanz fallbezogen eine Abwägung der widerstreitenden Belange vorzunehmen (BVerfG NJW 2010, 220, Rn. 20, 24). Der aus dem Eigentumsrecht des Art. 14 Abs.1 GG folgende Herausgabeanspruch des alleinigen Eigentümers ist mit dem aus Art. 6 Abs.1 GG folgenden Recht des anderen Ehegatten zum Besitz an der Ehwohnung in Einklang zu bringen.

41

Vorliegend kann das Recht der Antragsgegnerin, das sie gem. § 1353 BGB aus der Ehe ableitet, nicht größer sein als ein Recht, das sie im Verfahren nach § 1361b BGB hätte, wenn dies vom Antragsteller noch eingeleitet werden könnte; denn mit § 1361b BGB hat der Gesetzgeber Abwägungskriterien geschaffen, die sowohl dem Schutz der Ehe nach Art. 6 Abs.1 GG, als auch dem Recht aus Eigentum nach Art. 14 Abs.1 GG gerecht werden. Im Fall eines möglichen Ehwohnungszuweisungsverfahrens würde die Abwägung zugunsten des Antragstellers ausfallen. Dies ist allerdings nicht schon deswegen der Fall, weil der Antragsteller mit der neuen Lebenspartnerin und drei minderjährigen Kindern selbst in das Haus einziehen möchte, da die Antragsgegnerin solche Argumente nicht gegen sich gelten lassen muss. Eine Zuweisung hätte vielmehr zu erfolgen, da das Eigentumsrecht des Antragstellers gem. § 1361b Abs.1 S.3 BGB besonders zu berücksichtigen ist, alle drei aus der Ehe hervorgegangenen Kinder längst volljährig sind und studieren und auf Seiten der Antragsgegnerin keine ernsthaften Gründe vorgetragen wurden, weshalb sie nicht in eine andere Wohnung umziehen kann.

42

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der Antragsteller das Haus ... jederzeit verkaufen könnte, da er unstreitig über weiteres Vermögen verfügt und daher eine Einwilligung der Antragsgegnerin gem. § 1453 Abs.1 BGB nicht erforderlich ist. Der neue Eigentümer wiederum könnte von der Antragsgegnerin jederzeit die Herausgabe verlangen, da ein Recht zum Besitz in diesem Fall nicht bestünde (OLG Celle NJW 2011, 2062 ff., Eberl, Recht zum Besitz gegenüber Erwerber der Ehwohnung nach Nutzungsüberlassung, FamFR 2011, 259).

43

2.3. Auch wenn sich die Antragsgegnerin nicht auf ein Recht zum Besitz berufen kann, fordert eine verfassungsmäßige Auslegung, die das Grundrecht der Antragsgegnerin auf Schutz der Ehe gem. Art. 6 Abs.1 GG berücksichtigt, dass eine Herausgabe nicht sofort verlangt werden kann, sondern ebenfalls die Interessen beider Eheleute gegeneinander abzuwägen sind.

44

Der Wohnbedarf der Antragsgegnerin war bislang durch das Wohnen in der früheren Ehwohnung gedeckt und ist bei der Berechnung des Trennungsunterhalts daher nicht berücksichtigt. Der Antragsgegnerin muss angemessene Zeit gegeben werden, um diese Frage - notfalls im Weg der einstweiligen Anordnung - gerichtlich klären zu lassen. Zudem ist der Antragsgegnerin eine gewisse Zeit für die Suche einer neuen angemessenen Wohnung zuzugestehen, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass eine alleinstehende Frau, die bereits ohne Berücksichtigung des Wohnbedarfs einen Trennungsunterhalt von 3.000 € erhält, keine größeren Schwierigkeiten bei der Wohnungssuche haben dürfte.

45

Der Senat hält daher eine Herausgabe zum 31.03.2016 für angemessen. Dies gibt einerseits der Antragsgegnerin eine Übergangsfrist von mehr als 6 Monaten, um ihre berechtigten Belange zu regeln, und bedeutet umgekehrt für den Antragsteller, dass er in absehbarer Zeit sein Recht als Eigentümer verwirklichen kann.

46

3. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 113 Abs.1 FamFG, 92 Abs.1 S.1 ZPO. Der Antragsteller dringt zwar mit seinem Herausgabeanspruch im Ergebnis durch, kann diesen jedoch nicht sofort durchsetzen.

47

Die Rechtsbeschwerde war gem. § 70 Abs. 2 FamFG zuzulassen; zum einen ist die Rechtssache hinsichtlich des Verhältnisses von § 1361b BGB zu § 985 BGB von grundsätzlicher Bedeutung für den Fall, dass eine Zuweisung der Ehwohnung nach § 1361b BGB ausscheidet. Zum anderen liegt hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit eines Verfahrens auf Herausgabe der Ehwohnung eine Divergenz zur Rechtsprechung des BGH vor, die zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Gerichts der Rechtsbeschwerde erforderlich macht.

48

Von der Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit gem. § 116 FamFG wurde im Hinblick auf die zugelassene Rechtsbeschwerde abgesehen.