

Gestaltung der Rechtsverhältnisse an der Ehwohnung nach der Scheidung – auch ein Haftungsproblem –

____ Dr. Walter Kogel, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Aachen

Wohnungszuweisungsverfahren werden in der Praxis auf Grund von Unzuträglichkeiten im Zusammenleben der Eheleute (ggf. mit den Kindern) in die Wege geleitet. Insbesondere bei Gewaltanwendungen während des Getrennlebens kann ein Partner durch gerichtlichen Beschluss der Wohnung verwiesen werden. In der Regel werden weitergehende Maßnahmen nicht ins Auge gefasst. Allenfalls bei der Unterhaltsberechnung werden bei Allein- oder Miteigentum noch Wohnwertvorteile berücksichtigt. Nicht nur aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten kann es aber sinnvoll sein, ergänzende Maßnahmen zur Umgestaltung des Nutzungsverhältnisses zu treffen. Die Verhinderung eines Versteigerungsverfahrens kann Anlass sein, in der Praxis so gut wie nie gebräuchliche Anträge zu stellen. Kostenrechtliche

Überlegungen sollten dabei nicht aus den Augen verloren werden.

I. Die Rechtslage aus Mietersicht

1. Ein Ehegatte ist Alleinmieter

Sofern dieser Ehegatte allein in der Wohnung bleiben soll, ändert sich an dem Mietverhältnis nichts. Es besteht ohne Umgestaltung fort.

Nach § 5 Abs. 1. S. 1 HausrVO kann das Gericht aber sogar zugunsten des Ehegatten, der nicht Mieter ist, anordnen, dass der Vermieter nunmehr mit diesem Ehegatten das mietvertragliche Verhältnis fortsetzen muss. Der andere Ehegatte scheidet

als Mieter aus. Der Familienrichter muss jedoch die Bedingungen des neuen Mietvertrages festsetzen. Bei seiner Ermessensentscheidung wird er sich entweder am bisherigen Mietvertrag orientieren oder einen Mustermietvertrag zugrunde legen. Tut er beides nicht, gelten die gesetzlichen Regeln der §§ 535 ff. BGB. Auf jeden Fall muss er aber die Höhe der Miete festsetzen, vgl. § 5 Abs. 2 S. 2 HausRVO.

Ein entsprechender Antrag und Beschluss könnten wie folgt aussehen:

„1) Ab Rechtskraft der Scheidung tritt die Antragstellerin in das bisherige mietvertragliche Verhältnis des Antragsgegners vom ... mit ... über die eheliche Wohnung in ... ein. Der Antragsgegner scheidet aus dem Mietvertrag aus.

2) Ab Rechtskraft der Scheidung ist der Antragsgegner verpflichtet, die eheliche Wohnung zu räumen und sie der Antragstellerin zur alleinigen Nutzung zu überlassen.“

Solche Anträge wird der betreffende Ehegatte insbesondere dann stellen, wenn er befürchtet, dass der bisherige Alleinmieter das Mietverhältnis durch Kündigung auflöst und sei es nur deswegen, weil er nicht mehr auf Dauer in der Haftung verbleiben will. Dabei kann ein Mietvertrag nicht nur während des bestehenden Mietverhältnisses begründet werden. Selbst nach der Kündigung des bisherigen Alleinmieters kann eine Begründung erfolgen. Ansonsten hätte der ausziehende Ehegatte die Möglichkeit, die Zuweisung der Ehewohnung zu vereiteln.¹ Ist zu befürchten, dass bis zur Rechtskraft der Scheidung der andere Ehegatte das mietvertragliche Verhältnis kündigt, kann der berechtigte Ehepartner im Wege einer einstweiligen Anordnung ein Kündigungsverbot durch das Gericht aussprechen lassen. Während des Getrenntlebens stützt sich dieses Recht auf § 1361b Abs. 3 S. 1 BGB. Hiernach muss der aus der Wohnung gewiesene Ehegatte alles unterlassen, „was geeignet ist, die Ausübung des Nutzungsrechtes zu erschweren oder zu vereiteln“. Nach den Gesetzesmaterialien² kann daher als „flankierende Maßnahme“ eine solche Eilmaßnahme auf Verbot der Kündigung beantragt werden. Ist sie ergangen, sollte der Beschluss zweckmäßiger Weise auch dem Vermieter zur Kenntnis gebracht werden. Selbst wenn gem. §§ 135, 136 BGB die Kündigung nur im Verhältnis der Eheleute zueinander unwirksam ist, wird im Zweifel ein Vermieter sich hüten, dieses Verbot nicht zu beachten. Ansonsten setzt er sich nämlich u.U. dem Vorwurf aus, kollusiv mit dem bisherigen Mieter zusammenzuarbeiten. Wird das Verfahren als Folgesache Wohnungszuweisung oder als selbständige Familiensache anhängig gemacht, ergibt sich die Zulässigkeit einer Eilmaßnahme aus § 621 Abs. 1 Nr. 7 ZPO i.V.m. § 621g ZPO.

2. Beide Eheleute sind Mieter

Auch in diesem Fall erfolgt die endgültige Wohnungszuweisung durch Umgestaltung des Mietverhältnisses gem. § 5 Abs. 1 HausRVO. Da sich auf Mieterseite nur die Vertragspartei ändert, bleibt der Inhalt des bestehenden Mietvertrages

ansonsten bestehen. Sind Eheleute sich untereinander über die Übernahme der Ehewohnung durch einen von ihnen einig, stimmt der Vermieter aber nicht zu, kann und muss ebenfalls ein Verfahren nach § 5 HausRVO eingeleitet werden.

Ein Antrag und Beschluss könnte in diesem Fall wie folgt formuliert werden:

„1) Das zwischen den Eheleuten ... und dem Vermieter ... bestehende Mietverhältnis über die eheliche Wohnung in ... wird ab Rechtskraft der Scheidung alleine durch den Antragsteller fortgesetzt. Die Antragsgegnerin scheidet aus dem Mietvertrag aus.

2) Ab Rechtskraft der Scheidung ist die Antragsgegnerin verpflichtet, die eheliche Wohnung zu räumen und dem Antragsteller zur alleinigen Nutzung zu überlassen.“

Eine besondere Problematik taucht auf, wenn ein Ehegatte zwar die Wohnung alleine weiter nutzt, sich aber gegen die Zuweisung wendet.

Beispielfall:

Nach Auszug ihres Ehemannes bewohnt Frau Tag mit den beiden Kindern alleine die Wohnung. Diese hatte sie ursprünglich zusammen mit ihrem Ehemann angemietet. Da sie über kein ausreichendes Einkommen verfügt, möchte der Vermieter sie nicht als alleinige Vertragspartnerin akzeptieren. Herr Tag will auf Dauer nicht mehr haften. Frau Tag wünscht keine Umgestaltung des Mietvertrages.

Es ist umstritten, welche rechtlichen Möglichkeiten dem Ehemann in einem derartigen Fall zustehen.

Eindeutig ist zunächst, dass er nicht alleine seine mietvertragliche Stellung kündigen kann. Wegen der Einheitlichkeit des Mietvertrages müssen vielmehr beide Eheleute die Kündigung aussprechen.³ Hat er aber in diesem Fall einen internen und einklagbaren Anspruch gegen den Partner darauf, dass dieser der Kündigung zustimmt? Mit der h.M. wird man dies verneinen müssen.⁴ Aus § 1353 BGB und den hieraus abgeleiteten vielfältigen Treue- und Fürsorgepflichten ist ein solcher Anspruch nicht zu entnehmen. Die frühere eheliche Lebensgemeinschaft verpflichtet nämlich nur dann zu einem Tun oder Unterlassen, wenn dies ohne Verletzung eigener Interessen möglich ist.⁵ Würde in dem Beispielfall Frau Tag zu einer Kündigung gezwungen, verlöre sie nach Beendigung des Mietvertrages ebenso ihr Recht zum Besitz an der Wohnung. Sie müsste räumen. Auch aus den Regeln des Gemeinschaftsverhältnisses kann ein solcher Anspruch nicht gefolgert werden. Die schuldrechtlichen Vorschriften werden durch familienrechtliche Beziehungen überlagert.⁶ Hier greift

¹ Vgl. *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 4 Rn 90.

² BT-Drucks 14/ 5429, S. 21.

³ Vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 1981, 182.

⁴ Vgl. z.B. OLG Karlsruhe FamRZ 1993, 820, 821; AG Charlottenburg FamRZ 1990, 532 sowie die zahlreichen Nachweise bei *Haußleiter/Schulz*, a.a.O. Fn 141; zur Gegenmeinung vgl. MAH/Müller, § 16 Rn 146.

⁵ Vgl. BGH FamRZ 1977, 38, 40.

⁶ So z.B. OLG Hamm FamRZ 1983, 911.

vielmehr § 5 HausrVO als *lex specialis* ein. Dem weichenden Ehegatten wird damit das Recht zugestanden, selbst gegen den Willen des anderen, die Fortsetzung des Mietvertrages mit diesem zu beantragen, wobei er als Mieter ausscheidet. Zutreffend weisen *Haußleiter/Schulz*⁷ darauf hin, dass ansonsten nur folgender Weg dem Ehepartner zustünde, der ausgezogen ist: obwohl er sich gar nicht mehr in der Wohnung aufhält, müsste er die Übertragung des Mietvertrages auf sich alleine gem. § 5 HausrVO beantragen, um sodann die Kündigung des Mietvertrages auszusprechen. Damit würde aber auch seine Ehefrau das Recht zum Besitz verlieren.

Diesem Ergebnis steht auch nicht eine häufig zitierte Entscheidung des OLG Celle⁸ entgegen, die apodiktisch behauptet, „die Wohnung könne nicht einem Ehegatten gegen dessen Willen zugewiesen werden“. Bei diesem Urteil bestand nämlich die Besonderheit, dass **keiner** der Eheleute die Wohnung behalten wollte. § 5 HausrVO will für den verbleibenden Ehepartner eine „Rechtswohltat“ schaffen. Die Norm hat nicht das Ziel, den ausziehenden Ehegatten von seinen Verpflichtungen aus dem Mietvertrag zu befreien.⁹ Zu den sachlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift gehört es, dass **einer** der Eheleute die Wohnung behalten will. Wollen beide am Mietvertrag nicht mehr festhalten, bleibt nur der Weg, zusammen die Kündigung auszusprechen. In diesem Fall wird man auch einen einklagbaren Rechtsanspruch eines Ehepartners gegen den eventuell kündigungsunwilligen anderen Ehepart annehmen können: Eigeninteressen werden bei dieser besonderen Konstellation nicht verletzt, wenn er selber in Zukunft die Nutzungsrechte aus dem Mietvertrag nicht (mehr) wahrnehmen will.

II. Die Rechtslage aus Vermietersicht

Der Vermieter ist nicht für die familienrechtlichen Probleme seiner Mieter zur Verantwortung zu ziehen. Zu Recht sieht deswegen § 5 Abs. 1 S. 2 HausrVO vor, dass von Amts wegen Ansprüche des Vermieters zu sichern sind. Für den Vermieter wäre es insbesondere unzumutbar, den Mietvertrag nur noch mit dem Ehepartner fortsetzen zu müssen, der nicht über hinreichende finanzielle Mittel verfügt. Dies gilt vor allem, wenn er bei einem relativ hohen Mietzins den Vertrag nur im Vertrauen auf das gesicherte Einkommen des Mietpartners abgeschlossen hat, der ausgezogen ist und der nunmehr die Freistellung aus den Pflichten des Mietvertrages verlangt. In derartigen Fällen kann – und **muss!** – der Familienrichter anordnen, dass der weichende Ehegatte noch für eine angemessene Zeit in der Haftung verbleibt. Dies wird weitgehend zu einer einzelfallbezogenen Abwägung und Entscheidung führen. Zu beachten sind hierbei die finanzielle Stellung der Eheleute und ihre jeweiligen Möglichkeiten, die mietvertraglichen Zahlungsverpflichtungen durch eigenes Einkommen/Vermögen oder durch Einschaltung Dritter (z.B. Wohnungsamt/Sozialamt) abzudecken. Wohnt der Ehegatte nunmehr mit einem anderen leistungsfähigen Partner in der Wohnung, wird man einen Fortfall der Haftung des ausgezogenen Ehepartners dann eher

annehmen können, wenn dieser neue Partner bereit ist, in Rechte und Pflichten des Mietvertrages einzutreten. Bei der Abwägung ist aber nicht nur die **Höhe** des Mietzinses, sondern auch die **Dauer** der Zahlungsverpflichtungen bedeutsam. Dem Sicherungsbedürfnis des Vermieters ist zumindest insoweit Rechnung zu tragen, als die Haftung sich auf einen Zeitraum erstrecken muss, der voraussichtlich für eine Räumungsklage mit anschließender zwangsweiser Räumung der Mietwohnung erforderlich sein wird. Da sich erfahrungsgemäß alsbald herausstellt, ob der verbliebene Ehegatte zur Zahlung in der Lage ist, wird man die Haftung auf einige Jahre beschränken können. So hat das OLG Celle¹⁰ die Haftung auf 18 Monate für die Dauer von 3 1/2 Jahren begrenzt. Ähnlich hat das OLG Hamm¹¹ entschieden: Mithaftung 5 Jahre für einen Mietrückstand von maximal 18 Monaten. Diese Beschränkung auf 18 Monate erscheint sachgerecht. In der Regel lässt sich eine zwangsweise Räumung in diesem Zeitfenster durchführen.

Bestehen allerdings gar keine Bedenken gegen die Bonität des verbleibenden Mieters, erscheint eine weitere Haftung entbehrlich. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn bisher schon der Ehepartner alleine für die Miete aus eigenen Mitteln aufgekommen ist und es hierbei keine Probleme gab.¹² Dies kann auch angenommen werden, wenn es sich um eine Kleinwohnung mit relativ günstigem Mietzins handelt und auf Grund ihrer gesicherten Einkommensverhältnisse jeder der Ehepartner für die Kosten aus der Wohnung ohne weiteres alleine aufkommen könnte.¹³

Als Antrag und Beschluss könnte folgendes vorgesehen werden: „Gegenüber dem Vermieter übernimmt der Antragsgegner die Mithaftung aus dem Mietverhältnis für die eheliche Wohnung ... Allerdings wird die Mithaftung auf die Dauer von 3 1/2 Jahren und auf die Höhe von 18 Monatsmieten ab Rechtskraft der Ehescheidung begrenzt.“

III. Die Rechtslage bei Allein- oder Miteigentum der Eheleute

„Kauf bricht nicht Miete.“ In Wohnungszuweisungsverfahren wird dieser Rechtsgrundsatz sträflich vernachlässigt, wenn keine entsprechenden Anträge zugunsten des Ehegatten gestellt werden, der die Wohnung nutzt.

Beispielfall:

Frau Trossen wohnt mit den beiden minderjährigen Kleinkindern in der Eigentumswohnung des Ehemannes. Dieser ist mittlerweile wegen Gewaltanwendungen nach einem Wohnungszuweisungsverfahren aus der Immobilie verwiesen wor-

⁷ A.a.O. Rn 88.

⁸ FamRZ 1981, 958.

⁹ Vgl. OLG München FamRZ 1996, 674 sowie OLG Köln FamRZ 1989, 640.

¹⁰ FamRZ 2002, 340.

¹¹ FamRZ 1994, 388.

¹² Vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 1995, 45 sowie MAH/Müller a.a.O. Rn 155.

¹³ Vgl. AG Aachen, Beschl. v. 28.10.2005 – 102/05 – nicht veröffentlicht.

den. Er verfügt über weiteres erhebliches Vermögen. Frau Trossen befürchtet aber, dass er die Wohnung veräußern wird. Was ist zu tun?

Zu überlegen ist, ob Frau Trossen ein Veräußerungsverbot bezüglich der Eigentumswohnung nach § 1361b Abs. 3 BGB beantragen sollte. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers¹⁴ soll sich aus dieser Norm sogar eine solch weitgehende Eingriffsbefugnis ergeben. Jeder Ehegatte sei eben verpflichtet, alles zu unterlassen, was geeignet sei, die Ausübung des Nutzungsrechtes zu erschweren oder zu verhindern. Überwiegend wird allerdings ein derart weitgehendes Eingriffsrecht in die Eigentumsbefugnis eines Ehepartners mit guten Gründen abgelehnt.¹⁵ Für einen solch schwerwiegenden Eingriff bietet die gesetzliche Regelung keine Stütze, zumal andere probate Hilfsmittel zu Verfügung stehen. Nach § 5 Abs. 2 HausrVO kann selbst an fremdem Eigentum ein mietvertragliches Verhältnis begründet werden. Dabei sollte man sich allerdings über Folgendes im Klaren sein: Mit der Begründung eines Mietverhältnisses wird auf unbestimmte Zeit durch den Familienrichter die Veräußerungsmöglichkeit des Eigentums erheblich erschwert. Selbst bei einer Versteigerung tritt der Erwerber in alle Rechte und Pflichten des Mietvertrages ein. Ein Sonderkündigungsrecht besteht nicht (vgl. § 57a ZVG, § 566 BGB). Daher wird auch vertreten, dass die Begründung eines Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit verfassungsrechtlich bedenklich sei.¹⁶ Diese Ansicht kann z.B. auf § 3 HausrVO verweisen. Die Vorschrift geht davon aus, dass überhaupt nur unter besonderen Umständen ein Alleineigentümer gegen seinen Willen aus der Wohnung verwiesen werden darf. Vertritt der Anwalt den Ehepartner, der in der Wohnung lebt, sollte er demgegenüber tunlichst darauf hinwirken, dass ein Mietvertrag auf unbestimmte Zeit durch das Familiengericht begründet wird. Dies schafft eine relative Sicherheit gegenüber einem Verkauf durch Anwendung der mietvertraglichen Kündigungsschutzregeln.

Ganz anders sieht die Rechtslage bei **Miteigentum** aus. Schon die Zuweisung der Wohnung unterliegt **nicht** den Einschränkungen des § 3 HausrVO; vielmehr muss in diesen Fällen eine Abwägung der Interessen nach § 2 HausrVO im Rahmen einer Ermessensentscheidung erfolgen.¹⁷ Der Familienrichter kann sich damit begnügen, auf Antrag ein bloßes Nutzungsverhältnis zu schaffen und eine Nutzungsvergütung festzulegen. Zumindest hierauf sollte der Anwalt, der den in der Wohnung verbliebenen Ehegatten vertritt, hinwirken. Kommt es zur Auseinandersetzung des Miteigentums durch eine Teilungsversteigerung, ergibt sich nämlich folgende Rechtslage: auf Grund der mieterähnlichen Stellung kann man mit gutem Grund argumentieren, dass § 93 Abs. 1 S. 2 ZVG einschlägig ist.¹⁸ Die Zwangsvollstreckung soll hiernach nicht erfolgen, wenn der Besitzer auf Grund eines Rechts besitzt, welches durch den Zuschlag nicht erloschen ist. Der Dritte könnte sich sogar über § 771 ZPO gegen eine Vollstreckung wehren. Soweit ersichtlich ist diese Frage bisher in der obergerichtlichen Rechtsprechung noch nicht entschieden. Zumindest hat die Anmeldung eines solchen

Nutzungsrechts unmittelbar vor der Versteigerung nach den Erfahrungen in der Praxis jedoch folgende erstaunliche Wirkung: in der Regel besteht der Interessentenkreis für Eigenheime aus potenziellen Selbstnutzern. Sie gehen davon aus, dass durch den Zuschlagsbeschluss die Vollstreckung problemlos möglich sein wird. Eine Räumungsklage mit all ihren Risiken scheuen sie. Wenn diese Illusion durch Anmeldung des – allerdings durchaus zweifelhaften – Rechts genommen wird, springen sie erfahrungsgemäß ab oder halten sich zumindest mit Geboten zurück. Durch einen solchen Beschluss im Wohnungszuweisungsverfahren kann damit der Bieterkreis eingeschränkt und die Höhe der Gebote reduziert werden.

Erheblich günstiger ist die Rechtsituation für den in der Wohnung verbliebenen Ehegatten, wenn der Familienrichter auf Antrag sogar einen unbefristeten **Mietvertrag** gem. § 5 HausrVO geschaffen hat. Bei der Teilungsversteigerung ist das Sonderkündigungsrecht des Erstehers gem. § 57a ZVG ausgeschlossen. Mit anderen Worten: Der in der Wohnung verbliebene Ehegatte genießt **vollen** Mieterschutz. Gerade wegen dieser weitreichenden Wirkungen werden auch beim Miteigentum dieselben verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Begründung eines unbefristeten Mietverhältnisses geäußert, die beim Alleineigentum vorgetragen werden.¹⁹ Für den nutzenden Ehegatten ist aber die Begründung eines unbefristeten Mietvertrages der beste Schutz gegen die Vertreibung aus der Ehwohnung. Es verwundert daher, dass derartige Anträge in der Praxis so gut wie nie gestellt werden. Obergerichtliche Entscheidungen fehlen scheinbar gänzlich.

IV. Prozessuale Gesichtspunkte

1. Die schlimmste Stolperfalle in derartigen Verfahren ist es, die Jahresfrist des § 12 HausrVO zu versäumen.

Beispielfall:

Die Eheleute Becker, sie Angestellte im öffentlichen Dienst, er Beamter, bewohnen eine Kleinwohnung, Mietzins 300 EUR. Er zieht aus; sie lassen sich scheiden. Ein Antrag zur Übernahme des ursprünglich beidseits abgeschlossenen Mietvertrages wird nicht gestellt. Drei Jahre nach Rechtskraft der Scheidung verzieht Frau Becker mit unbekanntem Aufenthalt ins Ausland. Der Vermieter will die Miete und die Kosten der Schönheitsreparaturen von Herrn Becker geltend machen. Zu Recht?

Eine zeitliche Sperre, derartige Ansprüche geltend zu machen, gibt es grundsätzlich nicht. Solange die mietvertragliche

¹⁴ BT-Drucks 14/5429, S. 21; ebenso z.B. *Schumacher*, FamRZ 2002, 645, 652.

¹⁵ Vgl. Palandt/*Brudermüller*, § 1361b Rn 17 sowie die zahlreichen Nachweise bei *Hausleiter/Schulz*, a.a.O. Fn 169.

¹⁶ Vgl. MAH/*Müller*, § 16 Rn 116, 121.

¹⁷ Vgl. MAH/*Müller*, a.a.O. Rn 117.

¹⁸ Vgl. hierzu *Kogel*, Angriffs- und Verteidigungsstrategien bei der Teilungsversteigerung des Familienheims, Sonderheft Sept. 2005 Familienrechtsberater.

¹⁹ Vgl. MAH/*Müller*, a.a.O. Rn 121; sowie *Hausleiter/Schulz*, a.a.O. Rn 70.

Beziehung nicht durch Kündigung des Vertrages oder Entlassung aufgehoben worden ist, haftet der Ehepartner für die Mietschulden fort.²⁰

In dem obigen Beispielsfall hätte sicherlich die Möglichkeit bestanden, selbst gegen den Willen des Vermieters eine Entlastung des Herrn Becker zu erreichen. Die Miete war gering. Die Bonität beider Eheleute war einwandfrei. Ein nach Jahren unvorhergesehener Auszug wäre damals kein Grund für eine unbegrenzte Weiterhaftung des Herrn Becker gewesen. Wahrscheinlich hätte er sogar ohne zeitliche Beschränkung eine Entlastung erreichen können.²¹ Diese Möglichkeit besteht **jetzt** nicht mehr. Die zeitliche Schranke des § 12 HausrVO ist überschritten. Danach müssen Anträge zur Ehwohnung spätestens **ein Jahr** nach rechtskräftiger Ehescheidung gestellt werden. Der Anwalt, der – wie regelmäßig – Kenntnis über die Wohn- und Mietsituation hat, wird sicherlich auch die Verpflichtung haben, seinen Mandanten auf diese Rechtslage hinzuweisen. Kann Herr Becker daher keinen Regress mehr im Innenverhältnis gegen seine Frau realisieren, wird dies ein Fall der Anwaltshaftung werden. Im Übrigen gilt: Wenn die Jahresfrist versäumt ist, wird man auch keinen Anspruch mehr gegen den anderen Partner haben, im Außenverhältnis eine Freistellung z.B. durch Kündigung zu erreichen. Wer die Frist verstreichen lässt, erscheint nicht mehr schutzwürdig. Im Innenverhältnis besteht natürlich auf Grund der Nutzung eine andere Rechtslage (vgl. § 426 Abs. 1 S. 1 a.E. BGB).

2. Neben den Ehegatten wird als Beteiligter in § 7 HausrVO insbesondere der Vermieter aufgeführt. Regelmäßig ist eine Entscheidung erst auf Grund mündlicher Verhandlung möglich, vgl. § 13 Abs. 2 HausrVO. Ob das Jugendamt förmlich zu beteiligen ist, wird durch § 49a Abs. 2 FGG entschieden. Danach **soll** das Jugendamt **nur** in den Fällen beteiligt werden, in denen eine ablehnende Entscheidung des Gerichts zu erwarten ist, wenn Kinder im Haushalt der Beteiligten leben. Da aber im Vorhinein nicht prognostiziert werden kann, wie das Gericht letztendlich entscheiden wird, vertreten *Hausleiter/Schulz*²² überzeugend die Ansicht, aus Praktikabilitätsgründen sei auf alle Fälle das Jugendamt von vornherein einzuschalten.

3. Die endgültige Wohnungszuweisung kann erst für den Fall der Scheidung begehrt werden. Ansonsten handelt es sich um vorläufige Regelungen während des Getrenntlebens gem. § 1361b BGB. Wird der Antrag spätestens bis zur mündlichen Verhandlung in der Ehesache für den Fall der Scheidung gestellt, muss auch die Wohnungszuweisung als Folgesache behandelt werden. Natürlich wird durch diese weitere Folgesache das Verfahren erneut verzögert. Vielleicht wird gerade dies aber auch aus taktischen Überlegungen angestrebt. Sinnvoll kann dies vor allem sein, wenn vor Rechtskraft der Scheidung noch ein mietvertragliches Verhältnis begründet werden soll, um der drohenden Teilungsversteigerung wirksam entgegenzuwirken. Ist die Ehe geschieden, entfällt die Sperre des § 1365 BGB (Verfügung über das Vermögen im Ganzen) und der Teilungsversteigerung kann nicht mehr mit einer Drittwiderspruchsklage be-

gnet werden.²³ Wenn diese zeitliche Schranke erst einmal gefallen ist, wird es auch praktisch unmöglich sein, ein Gericht dazu zu bewegen, nunmehr noch ein unbefristetes Mietverhältnis zu begründen.

V. Zum Abschluss: kostenrechtliche Überlegungen

1. Der Gegenstandswert von Wohnungszuweisungsverfahren richtet sich nach § 100 Abs. 3 KO. Er beläuft sich auf das 12-fache des monatlichen Mietbetrages. Der Streitwert ist damit nicht unerheblich. Umso erstaunlicher ist, dass solche Anträge in der Praxis so gut wie nie gestellt werden. Eine Ursache kann darin liegen, dass solche Anträge als Folgesache geltend gemacht werden können. Durch die Addition der Werte und die Gebührendegression wirkt sich dieser Gegenstandswert nur marginal auf das Honoraraufkommen aus. Noch gravierender wird die Situation in Verfahren, die im Wege der Prozesskostenhilfe bearbeitet werden. Bedingt durch das noch geringere Gebührenaufkommen und die Streitwertkappung auf 30.000 EUR kann es sein, dass gebührenmäßig dieser Antrag überhaupt nicht mehr zu Buche schlägt. Wenn nicht zwingende praktische Gesichtspunkte dafür sprechen, den Antrag als Folgesache zu stellen, muss daher aus kostenrechtlichen Gesichtspunkten davon abgeraten werden, den Antrag überhaupt im Verbund zu verfolgen. Eine selbständige Wohnungszuweisungssache kann aber auch im Wege der Prozesskostenhilfe beantragt werden. Nach der nunmehrigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Mutwilligkeit bei separaten Folgesachen²⁴ dürften insoweit keine Probleme bestehen. Der Bundesgerichtshof hat es beim Unterhalt und Zugewinn schon für ausreichend angesehen, dass eine andersartige Kostenregelung oder ein Zinsgewinn eine separate Verfolgung des Anspruches rechtfertigen. Schon die Erstattungsfähigkeit von Kosten Dritten gegenüber (siehe unten Ziff. 2) spricht dafür, Ansprüche gesondert einzuklagen. Aber auch der bloße Wunsch, ein Scheidungsverfahren nicht mit einer Unzahl von Folgesachen – zudem mit weiteren Beteiligten – zu befrachten, dürfte ausreichend sein, um die Mutwilligkeit zu verneinen.

2. Die Kostenregelung ergibt sich aus § 20 HausrVO. Nach billigem Ermessen muss der Richter eine Kostenentscheidung treffen. Hierbei wird man auch das Unterliegen und Obsiegen bewerten. Hat sich zum Beispiel der Vermieter im Vorverfahren zu Unrecht kategorisch geweigert, einen Mieter aus der Haftung zu entlassen, wird dieses aber dann durch Beschluss so entschieden, sind dem Vermieter die gesamten Kosten des Verfahrens aufzuerlegen²⁵. Ähnliches wird gelten, wenn die Mieter unter gewissen Auflagen (Haftung auf mehrere Jahre

²⁰ Vgl. Palandt/*Weidenkaff*, § 535 Rn 7.

²¹ So z.B. AG Aachen – 29 F 102/05, Fn 13.

²² A.a.O. Rn 99.

²³ Vgl. hierzu im einzelnen *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, NJW Schriftenreihe Bd. 76 Rn 126; entgegen der ganz h.M. vertritt allerdings nunmehr *Gottwald*, FamRZ 2006, 1075 ff. die Ansicht, § 771 ZPO sei in keinem Fall anzuwenden.

oder Sicherheitsleistung) eine Entlassung eines Vertragsteils aus dem Mietvertrag begehrt haben und diesem Antrag entsprochen wird. Die Situation ist kostenmäßig damit günstiger als diejenige des § 93a Abs. 1 ZPO, wonach grundsätzlich eine Kostenaufhebung erfolgen soll.

3. Solange in der Rechtsprechung die Frage, ob die nicht angerechnete Geschäftsgebühr im Kostenfestsetzungsverfahren ohne weiteres beachtet werden kann,²⁶ noch nicht ent-

schieden ist, muss angeraten werden, schon im Antrag darauf hinzuwirken, dass der Antragsgegner sämtliche Kosten zu tragen hat und zwar einschließlich desjenigen Teils der Geschäftsgebühr, der nicht in der Verfahrensgebühr aufgeht.

²⁴ Vgl. BGH FamRZ 2005, 786 mit Anm. *Viefhues*, FamRZ 2005, 881.

²⁵ So z.B. Amtsgericht Aachen, Fn 13.

²⁶ Vgl. *Baumbach/Hartmann*, 64. Aufl., § 91 Rn 276.