

Possessorischer Besitzschutz und §§ 1361a, 1361b BGB

—— §§ 861, 1361a, 1361b BGB

Um Rechte aus § 861 BGB geltend zu machen, muss kein Hausratsverteilungsverfahren im umfassenden Sinne anhängig gemacht werden.

(Leitsatz der Redaktion)

OLG Koblenz, Beschl. v. 26.4.2007 – 9 UF 82/07 (AG Trier)

Aus den Gründen: I. Die Parteien sind getrennt lebende Eheleute. Am 1.8.2006 nahm die Antragsgegnerin verschiedene Hausratsgegenstände aus der vormals ehelichen Wohnung an sich, um sie zukünftig in ihrer Wohnung zu verwenden.

Der Antragsteller begehrt vor dem Familiengericht Rechtsschutz nach § 861 BGB.

¹ FamRZ 2006, 1010.

² FamRZ 2006, 1362.

³ MDR 2007, 275.

⁴ Vgl. zum Erfordernis einer Neuregelung des § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB BVerfG FamRZ 2007, 965 ff.

⁵ FamRZ 2006, 1010 und MDR 2007, 275.

⁶ Vgl. hierzu bei zusammen lebenden unverheirateten Eltern BGH FamRZ 2001, 614.

Mit dem angefochtenen Beschluss hat dieses der Antragsgegnerin aufgegeben, dem Antragsteller wieder Mitbesitz an den Hausratsgegenständen einzuräumen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin, die geltend macht, der Antragsteller sei mit der Wegnahme einverstanden gewesen. Hierüber habe das Familiengericht Beweis erheben müssen.

Die nach §§ 621e Abs. 1, 621 Abs. 1 Nr. 7 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige befristete Beschwerde der Antragsgegnerin ist in der Sache unbegründet. Die Entscheidung des Familiengerichts ist richtig. Es entspricht der Rspr. des Senats, an der festgehalten wird, dass – um Rechte aus § 861 BGB geltend zu machen – kein Hausratsverteilungsverfahren im umfassenden Sinne anhängig gemacht werden muss, wenn der Anspruch auf Wiedereinräumung des Mitbesitzes auf § 861 BGB gestützt wird. Die Voraussetzungen des § 861 BGB sind vorliegend erfüllt.

1. Nach § 621 Abs. 4 ZPO ist nicht mehr zu prüfen, ob das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Recht oder Unrecht angenommen hat. Jedoch teilt der Senat die Auffassung des Familiengerichts, dass – obwohl es sich nicht um ein Hausratsverfahren im engeren Sinne handelt – das Familiengericht zuständig ist. Der Anspruch aus § 861 BGB hängt eng mit der Hausratsteilung zusammen. Gründe der Praktikabilität und Prozesswirtschaftlichkeit sprechen dafür, über diesen Anspruch durch das Familiengericht im Hausratsverfahren zu entscheiden (BGH FamRZ 1982, 1200; OLG Frankfurt FamRZ 2003, 47; MüKo/Wacke, BGB, 4. Aufl., § 1361a Rn 16 m.w.N.). Deshalb ist statthafte Rechtsmittel hier auch die befristete Beschwerde nach §§ 621e Abs. 1, 621 Abs. 1 Nr. 7 ZPO.

2. Die Frage, ob bei eigenmächtiger Entfernung von Hausratsgegenständen durch einen Ehegatten der andere unter Bezugnahme auf § 861 BGB die Rückschaffung verlangen kann, oder ob die Vorschriften über den Hausrat nach § 1361a BGB, § 8 ff. HausrVO vorgehen, ist umstritten (vgl. die Darstellung des Streitstands bei *Johannsen/Henrich/Brudermüller*, Ehe-recht, 4. Aufl., § 1361a BGB Rn 58 ff.).

In jüngerer Zeit haben die OLG Nürnberg und Karlsruhe die Auffassung vertreten, dass § 1361a BGB die Vorschrift des § 861 BGB überlagert und ein Herausgabeanspruch trotz verbotener Eigenmacht nicht besteht, wenn der Gegenstand nach den Kriterien des § 1361a Abs. 1 und 2 BGB dem Ehegatten, der diesen gegen den Willen des anderen aus der gemeinsamen Wohnung entfernt hat, zuzusprechen ist (OLG Nürnberg FamRZ 2006, 486; OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 59; so auch *Schwab-Motzer*, Hb. des Scheidungsrechts, 5. Aufl., VIII Rn 9 m.w.N.). Nach dieser Auffassung ist dann ein Hausratsverteilungsverfahren durchzuführen und der Hausrat nach Billigkeit zu verteilen.

Der Senat hatte sich in der Vergangenheit (Beschl. v. 27.1.2003 – 9 UF 719/02 – unveröffentlicht) der Auffassung angeschlossen, dass der nur Besitzschutz Erstrebende kein Zuweisungsverfahren nach § 1361a BGB anstrengen muss.

§ 1361a BGB sei nicht *lex specialis* gegenüber § 861 BGB. Dieser werde lediglich durch § 1361a BGB dann modifiziert, wenn der andere Ehegatte geltend machen könne, gerade den eigenmächtig entfernten Gegenstand zur Deckung seines Notbedarfs selbst zu benötigen (so auch: OLG Frankfurt FamRZ 2003, 47; OLG Köln FamRZ 2001, 174; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 760 für die ehel. Wohnung; ähnlich: *Brudermüller*, a.a.O., Rn 63 f.). Zur Feststellung dessen bedürfe es jedoch keines umfassenden Hausratsverfahrens.

Hieran wird festgehalten.

Die Befürworter des Vorrangs des § 1361a BGB verweisen darauf, dass so widersprüchliche Ergebnisse und ein Hin und Her im possessorischen und auf § 1361a BGB gestützten Verfahren vermieden werde. Es erscheine nicht sinnvoll, dass zunächst nach § 861 BGB die Zurückschaffung der Hausratsgegenstände angeordnet werde, um alsdann in einer weiteren Entscheidung die Hausratsgegenstände gerade dem zuzuordnen, der die verbotene Eigenmacht begangen habe. Für eine vorrangige Anwendung von § 1361a BGB unter Ausschluss bzw. Überlagerung von § 861 BGB spreche vor allem, dass dieses Verfahren speziell auf die Situation im Zusammenhang mit der Trennung ausgerichtet sei und somit erlaube, dort möglichen Billigkeitserwägungen vorrangig Rechnung zu tragen.

Diese Argumentation überzeugt nicht. § 861 BGB und § 1361a BGB verfolgen unterschiedliche Zwecke. § 861 BGB will einen schnellen Besitzschutz gewährleisten, während § 1361a BGB eine ausgewogene Verteilung des Hausrats nach Billigkeit Geltung verschaffen will. Beide Ziele haben auch in der Trennungsphase ihre Berechtigung. Weil das Hausratsverfahren kompliziert ausgestaltet ist, hat der Ehegatte, dessen (Mit)Besitz von dem anderen durch die verbotene Eigenmacht entzogen wurde, ein berechtigtes Interesse auf schnellen Besitzschutz, ohne seinerseits die Initiative für die Einleitung eines Hausratsverfahrens ergreifen zu müssen. Verlangt man ein solches, wird hierdurch einer eigenmächtigen Hausratsverteilung Vorschub geleistet. Eine dahingehende Rspr. müsste auch unerwünschte Auswirkungen auf die anwaltliche Beratungspraxis haben. Es mag sein, dass der Gegenstand als Folge eines späteren Verfahrens, welches sich auf den gesamten Hausrat bezieht, wieder zurückgegeben werden muss. Das ist jedoch mit Rücksicht darauf hinzunehmen, dass andernfalls dem Faustrecht der Weg geebnet würde.

Zu berücksichtigen ist auch, dass der geschädigte Ehegatte im Ansatz kein Interesse an der Durchführung eines Hausratsverteilungsverfahrens hat. Er will nur, dass der weggenommene Gegenstand wieder in die Ehewohnung zurückgelangt. Nicht selten hat auch der andere Ehegatte kein Interesse an einem Hausratsverfahren, so, wenn nur um eine oder zwei Sachen gestritten wird. Dem geschädigten Gatten wird aber, folgt man der gegenläufigen Ansicht, auferlegt, ein Hausratsverfahren einzuleiten und in diesem Zusammenhang alle erforderlichen Tatsachen darzulegen, die dem Richter seine Billigkeitsentscheidung ermöglichen. Damit werden die Parteirollen auf den Kopf gestellt, denn es ist Sache des Ehegatten, der Hausrats-

gegenstände für sich allein beansprucht, darzulegen, dass er (gerade) diese zur Führung eines Haushalts während des Getrenntlebens benötigt und die Überlassung nach den Umständen des Falles der Billigkeit entspricht. Dabei ist aufzuzeigen, was insgesamt an verteilungsfähigem Hausrat vorhanden ist und in wessen Eigentum diese Gegenstände stehen. Anzugeben ist weiter, wer unter Beachtung welcher Überlegungen die jeweiligen Gegenstände erhalten soll (vgl. *Palandt/Brudermüller*, BGB, 65. Aufl., Rn 12 Anhang zu §§ 1361a, 1361b Abschnitt 3). Es erscheint unangemessen, den von einer verbotenen Eigenmacht Betroffenen – will er diese nicht hinnehmen – als aktive Partei in dieses Verfahren zu zwingen. Aber selbst wenn für solche Fälle verlangt würde, dass der Geschädigte nur die Voraussetzungen der verbotenen Eigenmacht darzulegen braucht, während der andere Ehegatte – will er diesen Gegenstand zugewiesen erhalten – widerklagend eine Verteilung des gesamten Hausrates beantragen müsse, erscheint es richtig, dem Betroffenen einer eigenmächtigen Hausratsverteilung sein Recht auf schnelle Entscheidung, die § 861 BGB ermöglicht, nicht zu nehmen. Demgegenüber ist es demjenigen, der verbotene Eigenmacht verübt, durchaus zuzumuten, die Gegenstände zunächst zurückzuschaffen, bis über die Hausratsverteilung entschieden werden kann.

3. Die Voraussetzungen des § 861 BGB hat das Familiengericht mit zutreffenden Ausführungen als gegeben erachtet. Der Senat nimmt auf die angefochtene Entscheidung insoweit Bezug.

Gegenüber dem Anspruch aus § 861 BGB kann nach § 863 BGB nur eingewandt werden, dass der Antragsteller die Wegnahme gestattet hat. Das ist hier nicht der Fall. Entgegen der Auffassung der Beschwerde, reicht es hierfür nicht aus, dass der Antragsteller nichts tut oder er nicht widerspricht. Mehr hat die Antragsgegnerin aber nicht behauptet, denn sie lässt vortragen, „einen der Mitnahme entgegenstehenden Willen hat der Beschwerdegegner jedenfalls anlässlich des Auszuges der Beschwerdeführerin nicht bekundet“. Einer Beweisaufnahme bedarf es deshalb nicht.

Die Antragsgegnerin hat auch nicht dargelegt, dass sie auf einzelne von ihr mitgenommene Hausratsgegenstände dringend angewiesen ist.

— Anmerkung

Possessorischer Besitzschutz und sein Verhältnis zu §§ 1361a, 1361b BGB bleibt eine unendliche Geschichte, wie die Entscheidung des OLG Koblenz vom 26.4.2007 zeigt. Gleichgültig, ob bei getrenntlebenden Eheleuten der eine dem anderen den Mitbesitz an Hausratsgegenständen oder an der Ehewohnung durch verbotene Eigenmacht entzieht, ist nach wie vor streitig, wie das Verhältnis des Anspruchs auf Wiedereinräumung des Mitbesitzes gemäß § 861 BGB zu einem Hausratsenteilungs- und Wohnungszuweisungsverfahren ist. Dem Grunde nach werden drei Meinungen vertreten:

Die eine geht – wie auch das OLG Koblenz – von einer freien Anspruchskonkurrenz der Vorschriften aus,¹ mit dem misslichen Ergebnis, dass der possessorische Anspruch (mit dem

Eilverfahren einstweilige Anordnung) vor dem Zivilgericht, der Antrag auf Hausratsteilung oder Wohnungszuweisung (mit dem Eilverfahren einstweilige Anordnung) vor dem Familiengericht geltend gemacht werden müssen. Neben der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ist auch der von den Vertretern dieser Ansicht ins Feld geführte Vorteil des raschen Besitzschutzes kein durchschlagendes Argument. Wird der entzogene Besitz im Besitzschutzverfahren wiederhergestellt, wird derjenige, der die verbotene Eigenmacht ausgeübt hat, in aller Regel mit einem Verfahren auf Hausratsteilung oder Wohnungszuweisung dagegen halten und den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragen. Der wieder eingeräumte Besitz kann so nicht lange genossen werden.

Die zweite Ansicht sieht Besitzschutzansprüche generell durch die Sondervorschriften der §§ 1361a, 1361b BGB verdrängt.² Hier gelangt man zwar einerseits zu der durchaus wünschenswerten Zuständigkeit des Familiengerichts, andererseits jedoch fehlt es an einem ausreichenden Schutz des von der verbotenen Eigenmacht betroffenen Partners. §§ 1361a, 1361b BGB selbst gewähren keinen dem § 861 BGB vergleichbaren Anspruch auf Wiedereinräumung der ursprünglichen Besitzverhältnisse, sondern erfordern an Billigkeitserwägungen orientierte Entscheidungen.

Vorzugswürdig erscheint daher nach wie vor eine vermittelnde Lösung, nach der auch im Falle des Geltendmachens possessorischer Ansprüche §§ 1361a, 1361b BGB, freilich in entsprechender Anwendung, als Anspruchsgrundlage heranzuziehen sind, wobei der Regelungsgehalt des possessorischen Besitzschutzes einbezogen werden muss.³ Diese Meinung führt zur Zuständigkeit des Familiengerichts, das den bei einem derartigen Streit immer auch bestehenden familienrechtlichen Problemen besser Rechnung tragen kann. Hinzu kommt, dass es in dieser Situation des Wegschaffens von Hausrat oder des Aussperrens aus der Wohnung zwar möglicherweise zunächst nur um Wiedereinräumung des Besitzes geht, in der Folge aber – wie jeder Praktiker weiß – auch eine Regelung über die Teilung des Hausrats und die künftige Nutzung der Wohnung erforderlich wird. Die Einbeziehung des Regelungsgehalts der Besitzschutzansprüche führt in diesem Fall dazu, dass die verbotene Eigenmacht im Rahmen der zu treffenden Billigkeitsabwägung in einem besonderen Maße zu berücksichtigen ist.

Mit der vermittelnden Lösung lassen sich durchaus praxisergebnisgerechte Ergebnisse erzielen – Zuständigkeit des Familien-

¹ So etwa OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1095 m. Anm. *Luthin*; FamRZ 1987, 484 m. Anm. *H.U. Müller*; KG FamRZ 1987, 1147; OLG Bamberg FamRZ 1993, 335; AG Darmstadt FamRZ 1994, 109; AG Dinslaken FamRZ 1994, 521.

² So etwa OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 276; FamRZ 1987, 483; FamRZ 1994, 390; OLG Hamm FamRZ 1988, 1303; OLG Zweibrücken FamRZ 1987, 1146; OLG Oldenburg FamRZ 1994, 1254; OLG Stuttgart FamRZ 1996, 172.

³ So etwa OLG Hamm FamRZ 1991, 81; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 760; FamRZ 2007, 59; AG Neustadt FamRZ 2005, 1253; OLG Köln FamRZ 2001, 174; OLG Frankfurt/M. FamRZ 2003, 47.

gerichts einerseits, Berücksichtigung des Regelungsgehalts des § 861 BGB andererseits. Aber kann man sicher sein, dass das angerufene Gericht diese vermittelnde Meinung auch vertritt, selbst wenn der antragstellende Rechtsanwalt noch so mit ihr wirbt? Vielleicht neigt der Familienrichter zur freien Anspruchskonkurrenz und gibt an die Zivilabteilung ab, während der Zivilrichter den Vorrang des § 1361a BGB favorisiert oder auch die vermittelnde Lösung, denn zuständig ist ja in beiden Fällen das Familiengericht. Es bleibt eine erhebliche Rechtsunsicherheit in diesem Bereich, die für die Betroffenen mehr als unbefriedigend ist und gerade bei Eilbedürftigkeit Verfahren in misslicher Weise durch unnötige Abgaben verzögert. Zur endgültigen Beseitigung dieses Meinungsstreits kann deshalb nur die – nicht mehr neue⁴ – Forderung an den Gesetzgeber dringend wiederholt werden, die §§ 1361a, 1361b BGB um den Regelungsgehalt des possessorischen Besitzschutzes zu erweitern.

Prof. Dr. Gerd Bruder Müller, Vorsitzender Richter am
OLG Karlsruhe