



Oberlandesgericht Dresden

Familiensenat

Aktenzeichen: **23 UF 259/21**  
Amtsgericht Chemnitz, 1 F 992/20

Verkündet am 04.11.2021

S., Justizobersekretärin  
Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

## BESCHLUSS

In der Familiensache

**A.**, ...

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwältin ...

gegen

**B.**, ...

- Antragsgegner und Beschwerdegegner -

Verfahrensbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt ...

wegen sonstiger Familiensache gemäß § 266 FamFG

hat der 23. Familiensenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht von B.,  
Richterin am Oberlandesgericht Dr. N. und  
Richter am Oberlandesgericht K.

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14.10.2021

### **beschlossen:**

1. Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Chemnitz vom 09.03.2021 (Az. 1 F 992/20) wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
3. Die Rechtsbeschwerde wird wegen der Frage zugelassen, ob bis zur Rechtskraft der

Scheidung eine Teilungsversteigerung der Ehewohnung stets unzulässig ist.

4. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

## **G r ü n d e :**

### **I.**

Die Beteiligten streiten um die Zulässigkeit einer Teilungsversteigerung.

Antragstellerin und Antragsgegner sind Eheleute. Sie heirateten am ...1993 und trennten sich am ...2016. Das Scheidungsverfahren ist beim Amtsgericht Chemnitz - Familiengericht - unter dem Aktenzeichen 1 F 102/18 anhängig. Es dauert aufgrund streitiger Folgesachen an, nach den Ausführungen des Familiengerichts im angegriffenen Beschluss ist mit einem Abschluss erst nach „längerer Zeit“ zu rechnen. Der Scheidungsantrag des Antragsgegners wurde am 10.02.2018 zugestellt; die Antragstellerin hat am 14.02.2018 Scheidungsantrag gestellt. Die Zugewinnngemeinschaft haben die Beteiligten am 23.01.2020 beendet.

Die Beteiligten sind hälftige Miteigentümer des 2.261 m<sup>2</sup> großen Grundstücks xxx, eingetragen beim Grundbuchamt des Amtsgerichts xxx im Grundbuch von O1, Blatt ..., Flurstück .... Es ist bebaut mit einem von der Antragstellerin bewohnten Einfamilienhaus mit einer Wohnfläche von insgesamt 202 qm, in dem sich eine ungenutzte Einliegerwohnung befindet. Der Verkehrswert dieses Hauses und des Grund und Bodens wurde in einem von der Antragstellerin beauftragten Gutachten im Jahr 2017 auf 248.000,00 € geschätzt (Bl. 33 ff. d.A.). Das Grundstück ist zusätzlich mit einem weiteren Einfamilienhaus mit einer Wohnfläche von 126 qm bebaut, das leer steht und dessen Verkehrswert derselbe von der Antragstellerin beauftragte Gutachter im Jahr 2017 auf (weitere) 115.000,00 € geschätzt hat (Bl. 49 ff. d.A.). Von November 1994 bis zur Trennung wohnten die Eheleute auf dem Grundstück. Die auf dem Grundstück lastenden Darlehensverbindlichkeiten, die derzeit mit ca. 150.000,00 EUR valutieren, bedient die Antragstellerin allein. Die Beteiligten können sich über die Auseinandersetzung des Grundbesitzes nicht einigen.

Der Antragsteller stellte am 24.08.2020 beim Amtsgericht Chemnitz den Antrag, das Grundstück zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft versteigern zu lassen. Mit Beschluss vom 25.08.2020 (Az.: 27 K 406/20) wurde die Zwangsversteigerung angeordnet. Den Antrag der Antragstellerin, das Zwangsversteigerungsverfahren gemäß § 180 Abs. 2 ZVG einzustellen, hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 30.09.2020 zurückgewiesen.

Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 02.09.2020 beantragte die Antragstellerin, die Zwangsvollstreckung des Antragsgegners zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft betreffend das gemeinsame Grundstück der Beteiligten in .., eingetragen

beim Grundbuchamt des Amtsgerichts xxx im Grundbuch von O1, Blatt ..., Flurstück ..., für unzulässig zu erklären. Nachdem nach Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens und Zustellung der Antragsschrift an den Antragsgegner durch diesen keine Reaktion erfolgte und er auch in der Verhandlung vom 03.11.2020 säumig blieb, erging auf Antrag der Antragstellerin vom 28.10.2020 am 05.11.2020 Versäumnisbeschluss. Gegen diesen legte der Antragsgegner rechtzeitig Einspruch ein.

Mit Schreiben vom 15.12.2020 beantragte die Antragstellerin die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Das Amtsgericht Chemnitz - Familiengericht - hat die Zwangsvollstreckung daraufhin mit Beschluss vom 18.01.2021 bis zur rechtskräftigen Entscheidung des vorliegenden Verfahrens ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass ihr gemäß § 1361 b BGB ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. Eine Teilungsversteigerung des Familienheims vor Rechtskraft sei unzulässig, da sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB ein Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe ergebe. Die Regelungen über die Zuweisung der Ehwohnung während des Getrenntlebens (§ 1361b BGB, § 200 ff. FamFG) würden gegenüber Herausgabeansprüchen aus anderen Rechtsgründen eine Sperrwirkung entfalten und die Ehwohnung ihren Charakter bis zur Rechtskraft der Scheidung nicht verlieren. Die Antragstellerin beruft sich dafür auf eine Entscheidung des OLG Hamburg (Beschluss vom 28.07.2018, Az.: 1 UF 163/16).

Vorsorglich hat die Antragstellerin gegenüber dem Familiengericht damit argumentiert, dass ihr Interesse an der Verhinderung der Zwangsvollstreckung das Interesse des Antragsgegners an deren Durchführung überwiege. Es sei von einer langen Ehedauer auszugehen, die Beteiligten hätten 22 Jahre im Familienheim gelebt. Die gemeinsame Tochter C. wohne am Wochenende und in den Ferien in dem ehemaligen Familienheim; sie beabsichtige nach dem Ende der Ausbildung nach Hause zurückzuziehen. Auch sieben ehemals gemeinsame Hunde der Familie und zwei weitere Hunde würden auf dem Grundstück leben. Die Beteiligten hätten 1995 gemeinsam begonnen, an Schlittenhunderennen teilzunehmen, der Antragsgegner aber nach der Trennung kein Interesse mehr an den Hunden gehabt. Im Falle einer Versteigerung müssten alle Hunde in einem Tierheim untergebracht werden, weil es nicht möglich sei, die Huskys in einer Mietwohnung unterzubringen. Die zwischen sieben und 12 Jahre alten Tiere seien im Rudel aufgewachsen und würden eine Trennung nicht verkraften. Die Antragstellerin sei seit fast 2 Jahren erkrankt und erwerbsunfähig. Ein Umzug sei für sie weder physisch noch finanziell realisierbar. Die Stellung des Versteigerungsantrags sei in ehefeindlicher Absicht erfolgt, weil der Antragsgegner sowohl das Zugewinnausgleichs- als auch das Unterhaltsverfahren verschleppe. Der Antragsgegner habe ein sehr gutes Auskommen, während der Antragstellerin nur 800,00 EUR für die Ausgaben des täglichen Lebens blieben. Ihr stünden

noch fünf- bzw. sechsstellige Unterhalts- und Zugewinnausgleichsansprüche zu, deren Durchsetzung der Antragsgegner verhindern würde, wenn sein Miteigentumsanteil versteigert würde.

Der Antragsgegner hat demgegenüber beim Familiengericht die Auffassung vertreten, dass er gemäß § 749 Abs. 1 BGB das Recht habe, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen. Sein Aufhebungsinteresse überwiege nach der langen Trennungszeit. Die Ehe sei endgültig gescheitert, weshalb die Interessenabwägung zu seinen Gunsten ausfallen müsse. Die Antragstellerin verhindere Mieteinnahmen, weil sie an der Vermietung des zweiten, auf dem Grundstück befindlichen Einfamilienhauses und der Einliegerwohnung nicht mitwirke. Gleichzeitig verstoße sie damit gegen ihre Pflicht, eigenen Bedarf auch durch eigene Mieteinnahmen bzw. durch zumutbare Verwertung eigenen Vermögens zu decken. Die Antragstellerin verfüge nicht über die finanziellen Mittel zur Erhaltung der beiden Häuser und auch er benötige sein Einkommen zur Deckung seines Lebensbedarfs und zur Zahlung von Unterhalt. Sein Aufhebungsinteresse überwiege auch, weil die Antragstellerin eine einvernehmliche Regelung der Scheidungsfolgen bei gleichzeitiger Aufhebung der Gemeinschaft verweigere. Die Tochter der Beteiligten sei volljährig, weshalb keine gemeinsamen Fürsorgepflichten mehr bestünden. Er sei nicht gefragt worden, ob die Tochter wieder einziehen dürfe und sei damit auch nicht einverstanden. Außerdem sei der Antragsgegner auf den erstrebten Versteigerungserlös zur Schließung seiner versorgungsausgleichsbedingten Rentenlücke angewiesen, weil der Antragstellerin mit Durchführung des Versorgungsausgleichs Anrechte mit einem Kapitalwert von 138.978,11 EUR zufließen würden. Im Jahr 2027 sei sein regulärer Renteneintritt. Des Weiteren überwiege sein Aufhebungsinteresse, weil es die anhängigen Verfahren auf Trennungs- und nachehelichen Ehegattenunterhalt vereinfache. In beiden Verfahren komme es auf den Wohnvorteil aus der Nutzung der Ehwohnung und die Frage an, in welcher Höhe die Antragstellerin ihren eigenen Bedarf durch eigene Mieteinnahmen decken könne. Die Aufhebung der Gemeinschaft vor Eintritt der Rechtskraft der Scheidung sei prozessökonomischer, weil damit ein unterhaltsrechtliches Abänderungsverfahren wegen späteren Wegfalls des Wohnvorteils und eventuell fiktiver Mieteinnahmen nach Scheidung vermieden werde und weil es die Feststellung der unterhaltsrelevanten Einkommen beider Beteiligten in beiden Unterhaltsverfahren vereinfachen würde. Auf das Zugewinnausgleichsverfahren habe die Aufhebung der Gemeinschaft keinen Einfluss, weil die Zugewinngemeinschaft beendet sei. Der Aufhebung stehe nicht entgegen, dass die Ehe noch nicht rechtskräftig geschieden sei. Die Auffassung der Antragstellerin, dass die Aufhebung der Gemeinschaft vor Rechtskraft der Scheidung immer unzulässig sei, weil damit die Ehwohnung herausverlangt würde, treffe nicht zu: Die Gemeinschaft am streitgegenständlichen Grundstück bestehe nicht nur an der Ehwohnung, sondern auch an einem weiteren Einfamilienhaus und einer weiteren Einliegerwohnung; beide seien seit vier Jahren ungenutzt. Die Antragstellerin sei unterhaltsrechtlich zur Verwertung eigenen

Vermögens verpflichtet und der Antragsgegner verlange nicht die Herausgabe der Ehwohnung nach § 985 BGB, sondern die Aufhebung der Gemeinschaft an der gesamten Immobilie nach § 749 Abs. 1 BGB. Der Sachverhalt sei deshalb dem, der der vom OLG Hamburg in Bezug genommenen Entscheidung des BGH vom 28.09.2016 (Az. XII ZB 487/15) zugrunde lag, nicht ansatzweise ähnlich. Die Antragsgegnerin könne ihre Zustimmung auch nicht mit der Behauptung verweigern, keine neue, angemessene Wohnung zu finden. Sie könne vom Geld aus dem Verkauf der Immobilie ein Grundstück für die Hunde erwerben. Hunderennen seien auch nur das Hobby der Antragstellerin gewesen, welches er lediglich unterstützt habe.

Mit Schriftsatz vom 20.01.2021 hat der Antragsgegner seinen Vortrag ergänzt und mitgeteilt, dass er ab dem 01.02.2021 erwerbslos sei. Er habe die Gesellschaft der Gemeinschaftspraxis am 16.12.2020 aus gesundheitlichen Gründen gekündigt. Ein anschließendes Anstellungsverhältnis in der Praxis hätten die übrigen Gesellschafter innerhalb der Probezeit zum 31.01.2021 gekündigt. Der Antragsteller erhalte als Selbständiger kein Arbeitslosengeld und sei auf die Verwertung seines Miteigentumsanteils angewiesen.

Die Antragstellerin hat daraufhin bestritten, dass sie die Vermietung des zweiten Einfamilienhauses verhindere. Es befinde sich in einem nicht vermietungsfähigen Zustand und müsse saniert und instandgesetzt werden, was ihr aus gesundheitlichen und finanziellen Gründen nicht möglich sei. Der Antragsgegner benötige den Versteigerungserlös auch nicht zur Schließung seiner versorgungsausgleichsbedingten Rentenlücke, weil er fast 6.000,00 EUR monatlich für seine Altersvorsorge aufwende und so bis zum Renteneintritt genügend anspare.

Sie hat zudem mit Nichtwissen bestritten, dass der Antragsgegner die Gesellschaft aus gesundheitlichen Gründen gekündigt habe. Der Antragsgegner habe zudem eine Abfindung und einen Erlös aus dem Verkauf seines Gesellschaftsanteils zu erwarten und im Falle der Erkrankung Ansprüche aus Versicherungen und gegenüber der Sächsischen Ärzteversorgung.

Die Antragstellerin hat in 1. Instanz zuletzt beantragt,

den Versäumnisbeschluss vom 05.11.2020 aufrechtzuerhalten.

Der Antragsgegner hat in 1. Instanz beantragt,

den Versäumnisbeschluss vom 05.11.2020 aufzuheben und den Antrag zurückzuweisen.

Nach mündlicher Verhandlung am 16.02.2021 hat das Familiengericht den Versäumnisbeschluss aufgehoben und den Antrag abgewiesen. Die Teilungsversteigerung sei vor der Rechtskraft der Scheidung nicht generell verboten. Vielmehr sei eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, die zu Lasten der Antragstellerin ausgehe. Wegen der Einzelheiten wird auf den Beschluss (Bl. 132 ff. d.A.) verwiesen.

Gegen den ihrer Bevollmächtigten am 11.03.2021 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 07.04.2021 Beschwerde eingelegt und diese unter dem 11.05.2021 begründet.

Die Antragstellerin beruft sich weiter darauf, dass eine Teilungsversteigerung des Familienheims vor Rechtskraft der Eheentscheidung unzulässig sei und die Scheidung der Ehe der Beteiligten bislang nicht erfolgt sei. Einer Interessenabwägung bedürfe es entgegen der Rechtsauffassung des Ausgangsgerichts nicht. Vorsorglich weist sie darauf hin, dass eine Interessenabwägung dazu führe, dass ihre Belange schutzwürdiger seien als die des Antragsgegners. Es liege - auch gemessen an der Trennungszeit - eine lange Ehedauer vor, der Antragsgegner sei Mitinhaber einer gutgehenden Arztpraxis gewesen und die Antragstellerin erwerbsunfähig erkrankt. Überdies wolle sie nach Klärung der Unterhalts- und Zugewinnausgleichsansprüche das Grundstück übernehmen. Eine Teilungsversteigerung vor Abschluss dieser Verfahren habe auch zur Folge, dass sie an der Durchsetzung ihrer Ansprüche durch Pfändung des Miteigentumsanteils des Antragsgegners gehindert wäre und ihr so ein dauerhafter Schaden entstehen werde. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass auf dem Grundstück die sieben ehemals gemeinsamen Huskys der Familie lebten sowie zwei weitere Hunde.

Sie beantragt:

Der Beschluss des Amtsgerichts Chemnitz vom 09.03.2021, Az. 1 F 992/20, wird abgeändert. Der Versäumnisbeschluss des Amtsgerichts Chemnitz vom 05.11.2020, Az. 1 F 992/20, bleibt aufrechterhalten.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Er verweist darauf, was unstreitig ist, dass er aus der Gemeinschaftspraxis ausgeschieden, gegenwärtig erwerbslos, am 28.01.2021 am Herzen operiert und nach einem Bescheid der Stadt xxx vom 26.04.2021 (Bl. 164 d.A.) seit dem 22.02.2021 – wegen einer künstlichen Herzklappe, Herzleistungsminderung, Bluthochdruck und Beeinträchtigung der

Gehirnfunktion und der Funktion der Wirbelsäule - mit 50 % GdB behindert ist und zunächst ein Krankengeld mit einem Tagessatz von 204,00 EUR bezieht. Angesichts dieser Umstände meint er, auf die Verwertung des Grundstücks angewiesen zu sein. Dies gelte umso mehr, als alle Versuche, gemeinsam mit der Antragstellerin eine Verwertung des unbewohnten Hauses und der Einliegerwohnung im von der Antragstellerin bewohnten Haus zu erreichen, gescheitert seien.

Der Senat hat mit den Beteiligten am 14.10.2021 mündlich verhandelt.

Im Termin hat sich die Antragstellerin auf § 1365 BGB berufen, weil der Antragsgegner angebe, das Grundstück sei sein einziger wesentlicher Vermögensgegenstand.

Im Hinblick auf die Begutachtung der Erwerbsfähigkeit der Antragstellerin im Unterhaltsverfahren haben die Beteiligten übereinstimmend angegeben, dass ein vom Gericht beauftragter Gutachter zu dem Schluss gekommen sei, dass sie vollständig erwerbsfähig sei; die Antragstellerin selbst hält sich allerdings nur für teilweise erwerbsfähig.

Die Antragstellerin hat sich im Termin auf eine „grundsätzliche Bestätigung“ der kreditfinanzierenden Bank berufen, wonach der Antragsgegner aus der Darlehenshaft entlassen werden könne, wenn Unterhalt und der Zugewinnausgleich geklärt seien und „entsprechend“ ausfielen.

Der Antragsgegner hat im Termin – ohne dass die Antragstellerin das in Abrede gestellt hat - angegeben, dass er das Krankengeld nur bis Ende Oktober 2021 erhält, einen Antrag auf eine Berufsunfähigkeitsrente gestellt hat und im Fall, dass er diese nicht erhält, versuchen wird, ab dem kommenden Jahr als Praxisvertreter oder im ärztlichen Bereitschaftsdienst sein Auskommen zu finden. Weiter hat er, was auch unstreitig geblieben ist, darauf verwiesen, dass er für seinen Anteil an der Gemeinschaftspraxis unter Vorbehalt 165.000,00 EUR erhalten hat; der Vorbehalt beziehe sich darauf, dass die kassenärztliche Zulassung des Antragsgegners noch nicht auf den Nachfolger übertragen werden konnte. Zudem hat der Antragsgegner unwidersprochen angegeben, dass er bei Gründung der Gemeinschaftspraxis persönlich zwei Darlehen bei der ...Bank aufgenommen hat, die mit 202.000,00 EUR valutieren und bis 2026 laufen. Diese werden derzeit nicht getilgt, sondern er zahlt lediglich Zinsen in Höhe von jährlich 7.000,00 EUR. Unstreitig verfügt der Antragsgegner über eine Versicherung der YYY, die 2026 fällig wird und mit der die Darlehen bei der ...Bank – wenigstens teilweise - getilgt werden sollen.

Soweit der Antragsgegner angeben hat, dass nach einer Auskunft der ...Bank und der YYY vom August dieses Jahres bei einer vorzeitigen Inanspruchnahme der Versicherung und Ablösung der beiden Darlehen bei der ...Bank eine Zahlungsverpflichtung i.H.v. 100.000,00 EUR verbleibe, hat die Antragstellerin das bestritten; nach ihrer Erinnerung korrespondierten

die Höhe von Darlehen und Versicherung.

Zum weiteren Vortrag der Beteiligten wird auf ihre Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokolle der Verhandlungen in beiden Instanzen verwiesen.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Dem sich aus § 749 Abs. 1 BGB ergebenden Recht des Antragsgegners, die Aufhebung der Gemeinschaft an dem Grundstück jederzeit zu verlangen, steht kein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne von § 771 ZPO der Antragstellerin entgegen. Sie kann ihren Antrag weder auf § 1365 BGB (dazu 1.) noch auf einen generellen Vorrang des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe (dazu 2.) stützen. Auch das Rücksichtnahmegebot des § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB und die danach gebotene Abwägung führen hier nicht dazu, dass die Teilungsversteigerung unzulässig ist (dazu 3.).

1. Ein die Veräußerung hinderndes Recht lässt sich hier – anders als von der Antragstellerin im Termin beim Senat vertreten - nicht dem Rechtsgedanken des § 1365 BGB entnehmen, da es sich bei dem Miteigentumsanteil des Antragsgegners an der Immobilie nicht um sein ganzes Vermögen im Sinne genannter Vorschrift handelt. Das ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass er für sein Ausscheiden aus der Gemeinschaftspraxis einen Betrag i.H.v. 165.000,00 EUR erhalten hat. Zudem verfügt der Antragsgegner über eine Versicherung bei der YYY, mit deren Auszahlung er im Jahr 2026 – ganz oder zu einem erheblichen Teil - die Verbindlichkeiten bei der ... Bank zu erfüllen beabsichtigt.

2. Aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ergibt sich kein Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe, der die Teilungsversteigerung vor Rechtskraft der Ehescheidung stets ausschließt.

a) Einen solchen generellen Ausschluss der Teilungsversteigerung vor rechtskräftiger Scheidung vertritt allerdings das OLG Hamburg (Beschluss vom 28.07.2017, 12 UF 163/16; zustimmend Erbarth, NZFam 2018, 34). Es beruft sich darauf, dass der BGH in einem Beschluss vom 28.09.2016 (XII ZB 487/15) im Rahmen von § 985 BGB ganz allgemein - und ohne eine Abwägung der beiderseitigen Interessen im Einzelfall - eine Beschränkung des Eigentums durch die die Ehewohnung betreffenden familienrechtlichen Vorschriften (§§ 1361b BGB, 200 ff. FamFG) angenommen habe und dies für den Fall der Teilungsversteigerung nicht anders zu bewerten sein könne; die Teilungsversteigerung eines Grundstücks sei unter Berücksichtigung des Schutzzwecks genannter familienrechtlicher Vorschriften mit der Veräußerung des Grundstücks bzw. dem Herausgabeverlangen vergleichbar.

b) Die Entscheidung des OLG Hamburg ist in Rechtsprechung (OLG Jena, Beschluss vom 30.08.2018, 1 UF 38/18; OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.10.2020, 15 UF 194/20; AG Aachen, Beschluss vom 28.01.2020, 228 F 296/19; offen: OLG Köln, Beschluss vom 10.06.2020, 10 UF 38/20) und Literatur (vgl. Dürbeck in Johannsen/Henrich/Althammer, Familienrecht, 7. Aufl., § 1361b Rn. 42; Wever, FamRZ 2021, 665 und FamRZ 2019, 504, 506; Götzsche, FuR 2018, 513; Mast, FamRB 2018, 5; Kogel, FamRZ 2017, 1830; Engels, Rechtspfleger 2017, 727; jeweils m.w.N.) auf Ablehnung gestoßen, weil sie nicht zu sachgerechten Ergebnissen führe und die genannte Entscheidung des BGH falsch interpretiere.

c) Der Senat schließt sich der letztgenannten Ansicht an.

aa) Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung ist § 749 Abs. 1 BGB. Danach kann jeder Teilhaber jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Gegen die Aufhebung können – hier nicht vorliegende – rechtsgeschäftliche Abreden i. S. d. § 749 Abs. 2 BGB sowie gesetzliche Beschränkungen des Aufhebungsrechts eingewandt werden. Letztere können sich unter anderem aus Generalklauseln wie den §§ 242 und 1353 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben.

Die Vorschrift des § 749 Abs. 1 BGB gilt auch für die Ehwohnung vor rechtskräftiger Scheidung. Ihrer Anwendung kann nicht entgegengehalten werden, dass mit den §§ 1361b BGB, 209 FamFG lex specialis vorliege. Das lässt sich auch nicht aus dem Beschluss des BGH vom 28.09.2016 (XII ZB 487/15) ableiten. Der BGH hat dort den Antrag nach § 985 BGB als unzulässig verworfen, weil es sich bei der herausverlangten Sache um eine Ehwohnung handelte; hierfür seien die §§ 1361b BGB, 209 FamFG lex specialis und die Sache im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu klären. Hier macht der Antragsgegner aber keinen Herausgabeanspruch geltend und sein Teilungsverlangen ist auch nicht mit dem Herausgabeanspruch vergleichbar. Anders als bei den §§ 985 BGB und 1361b BGB kann für die §§ 749 und 1361b BGB nicht angenommen werden, dass sie denselben Regelungsgegenstand haben und letztgenannte Vorschrift als lex specialis die Anwendung der ersteren sperre.

bb) Soweit das OLG Hamburg (a.a.O. Rn. 16) unter Berufung auf den BGH das in der Trennungszeit unzulässige Herausgabeverlangen nach § 985 BGB mit einer Veräußerung gleichsetzt („BGH ... stellt ... nunmehr einer Veräußerung/einem Herausgabeverlangen den Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe ohne weitere Interessenabwägung gegenüber“) und meint, für die Teilungsversteigerung könne nichts anderes gelten, ist dem Beschluss des BGH vom 28.09.2016 (XII ZB 487/15) für eine solche Gleichsetzung nichts zu entnehmen; die Zulässigkeit einer Veräußerung der Ehwohnung wird dort nicht thematisiert.

Der vom OLG Hamburg in diesem Zusammenhang auch zitierte Beschluss des BGH vom 14.06.2007 (V ZB 102/06) betrifft die Frage, ob die Regelungen des § 1365 BGB betreffend die Verfügung über ein Grundstück bzw. die rechtsgeschäftliche Verpflichtung dazu auf die Teilungsversteigerung entsprechend anwendbar sind. Ihm lässt sich ebenfalls keine Sperrwirkung des § 1361b BGB gegenüber § 749 BGB entnehmen. Bemerkenswert an dieser Entscheidung des BGH ist, dass er mit Blick auf § 1365 Abs. 2 BGB betont, dass das Aufhebungsinteresse des die Teilungsversteigerung beantragenden Ehegatten nicht in jedem Fall zurücktreten muss. Eine Abwägung der Interessen der Eheleute ist in dieser Konstellation also ebenso möglich wie im vom BGH am 28.09.2016 (XII ZB 487/15) entschiedenen Fall, denn der gegenüber § 985 BGB vorrangige § 1361b BGB lässt eine solche Abwägung zu. Einzig die vom OLG Hamburg für die vorliegende Konstellation gefundene Lösung schließt jede Berücksichtigung der Interessen desjenigen, der die Teilungsversteigerung begehrt, aus.

Im Übrigen ist den §§ 1361b BGB, 209 FamFG nach herrschender Meinung (vgl. Götz in Palandt, BGB, 80. Aufl., § 1361b Rn. 17; Engels a.a.O.; Dürbeck a.a.O., jeweils m.w.N; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 07.01.2016, 13 U 3004/15) gar keine Möglichkeit zum Verbot der Veräußerung der Ehewohnung zu entnehmen, das auf Zulässigkeit der Teilungsversteigerung zu übertragen sein könnte; für einen solchen Eingriff in das Eigentumsrecht fehlt es an einer ausreichenden Grundlage in den genannten Vorschriften.

cc) Die Ansicht des OLG Hamburg führt zu keinen ausgewogenen Ergebnissen, denn sie stellt allein auf die Interessen desjenigen, der die Teilungsversteigerung ablehnt, ab und lässt die Interessen der anderen Seite außer Acht. Sie hat zur Folge, dass ein Ehepartner bis zur Rechtskraft der Scheidung jede Auseinandersetzung verhindern oder eine freiwillige Veräußerung erzwingen kann. Dass dies ein unangemessenes Ergebnis ist, wenn die Eheleute schon lange getrennt leben und eine Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft in der vormaligen Ehewohnung faktisch ausgeschlossen ist, liegt auf der Hand.

Demgegenüber ermöglicht die Gegenposition einen Ausgleich der beiderseitigen Interessen und bietet zugleich demjenigen, der die Teilungsversteigerung ablehnt, ausreichend Schutz. Ihm stehen zunächst die Vorschriften des § 180 Abs. 2 und 3 ZVG und des § 1365 BGB zur Seite. Zudem kann er auf Grundlage des § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB einwenden, dass der andere Teil keine triftigen Gründe für die Teilungsversteigerung habe (dazu 3.); in diesem Zusammenhang kann er jene Argumente anführen, die auch für eine Entscheidung nach § 1361b BGB maßgebend sind (so auch OLG Stuttgart a.a.O.). Schließlich kann er gegebenenfalls einen Antrag nach § 1361b BGB stellen und die Begründung eines Mietvertrages verlangen, der auch nach erfolgter Teilungsversteigerung den vorläufigen Verbleib im vormaligen Familienheim nach § 57 ZVG i.V.m. § 566 BGB, 183 ZVG sichert

(vgl. auch OLG Stuttgart a.a.O.; Weber-Monecke, Münchner Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 1361b Rn. 16).

3. Aufgrund der Verpflichtung zur ehelichen Rücksichtnahme (§ 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB) ist eine Abwägung der Interessen der Beteiligten vorzunehmen (so auch OLG Jena, Beschluss vom 30.08.2018, 1 UF 38/18; OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.10.2020, 15 UF 194/20; AG Aachen, Beschluss vom 28.01.2020, 228 F 296/19; Wever, FamRZ 2021, 663, jeweils m.w.N.), wobei im Falle beiderseitig fehlender triftiger Gründe die Teilungsversteigerung zu unterbleiben hat (vgl. OLG Jena und AG Aachen a.a.O.). Diese Abwägung geht hier zum Nachteil der Antragstellerin aus:

a) Auf ihrer Seite sprechen keine gewichtigen Gründe gegen die Versteigerung:

aa) Dass die Ehe seit 1993 und damit lange Zeit bestand und die Beteiligten das Objekt seit 1994 genutzt haben, hat keine maßgebliche Bedeutung mehr, nachdem die Beteiligten seit nunmehr 5 Jahren getrennt leben und beide vor fast 4 Jahren Scheidungsanträge gestellt haben. Die Ehe ist damit offenkundig gescheitert und die Antragstellerin hatte auch genügend Zeit, sich auf die neue Situation einzustellen.

bb) Ihre Behauptung, ein Umzug sei ihr physisch und finanziell nicht zumutbar, ist nicht nachvollziehbar. Für eine ausreichende körperliche Belastbarkeit spricht ihre Tätigkeit bei einem ambulanten Pflegedienst und die laufende Versorgung von 9 Hunden; zudem räumt sie ein, dass ihr ein gerichtlich bestellter Sachverständiger die volle Erwerbsfähigkeit attestiert hat. Dass ihr der Veräußerungserlös den Umzug finanziell ermöglichen würde, liegt auf der Hand.

cc) Ohne maßgebliche Bedeutung ist es, dass die 25 Jahre alte Tochter der Beteiligten an Wochenenden und den Ferien das Objekt nutzt, denn sie kann ihre Mutter auch andernorts besuchen. Auch ihrer Absicht, nach der Ausbildung in das gegenständliche Haus zurückzuziehen, kommt keine entscheidende Bedeutung zu, denn auf einen solchen Wunsch des volljährigen und wirtschaftlich selbständigen Kindes müssen die Eltern keine Rücksicht nehmen.

dd) Soweit die Antragstellerin geltend macht, sie benötige das Objekt, um den Hunden ein Heim zu geben, ist nicht erkennbar, warum es für diese kein Ausweichquartier geben soll, zumal sie nach einer Teilungsversteigerung über erhebliche Mittel verfügen wird und sich weiterer erheblicher Ansprüche gegen den Antragsgegner gegen ihn berührt.

ee) Gegen die Teilungsversteigerung kann die Antragstellerin auch nicht einwenden, dass ihr so Vollstreckungsmöglichkeiten wegen des Zugewinnausgleichs und des

rückständigen Unterhalts entzogen würden. Unbeschadet der Frage, ob ihr solche Ansprüche überhaupt zustehen, verbleibt dem Antragsgegner jedenfalls der (hälftige) Versteigerungserlös als Vollstreckungsgegenstand. Für die Erwartung, dass er diesen Erlös beiseite schaffen und so eine etwaige Vollstreckung der Antragstellerin vereiteln wird, hat diese keine zureichenden Anhaltspunkte vorgetragen. Im Übrigen wäre selbst dann nicht die Teilungsversteigerung zu versagen, sondern könnte die Antragstellerin einen Arrest nach § 916 ZPO beantragen.

ff) Dass die Antragstellerin auf ihr Einkommen verweist (Bl. 150 d.A.), mit dem sie kaum die Lasten des Familienheims tragen könne, spricht nicht gegen, sondern für die Teilungsversteigerung, weil diese letztlich die Kreditlasten beseitigt und zu Liquidität führt.

gg) Der Vortrag der Antragstellerin, wonach die Teilungsversteigerung ihre Übernahmeperspektive für das Anwesen vereitele, ist substanzlos. Soweit sie sich im Termin auf eine „grundsätzliche Bestätigung“ der kreditfinanzierenden Bank berufen hat, wonach der Antragsgegner aus der Darlehenshaft entlassen werden könne, wenn Unterhalt und der Zugewinnausgleich geklärt seien und „entsprechend“ ausfielen, ist dies, wie der Senat schon im Termin ausgeführt hat, vage und konturlos. Wie die Antragstellerin - der der Senat Verfahrenskostenhilfe bewilligt hat - den Antragsgegner auszahlen will, ist nicht erkennbar. Ihre im Termin vor dem Senat aufgestellte Behauptung, ihr stünden Zugewinnausgleichsansprüche in Höhe von etwa 100.000,00 EUR und Ansprüche auf rückständigen Unterhalt von etwa 30.000,00 EUR zu, ist vom Antragsgegner bestritten und Gegenstand erstinstanzlicher Verfahren. Selbst wenn man zugunsten der Antragstellerin solche Ansprüche unterstellt, würden die beanspruchten 130.000,00 EUR nur zur Auszahlung des Antragsgegners ausreichen, wenn der in ihrem Auftrag im Jahr 2017 ermittelte Wert des Anwesens von 363.000,00 EUR richtig wäre und sich nicht wesentlich verändert hätte (363.000,00 EUR Wert - 150.000,00 Lasten ./. 2). Das erscheint aber schon angesichts der Entwicklung auf dem Immobilienmarkt fernliegend; der Antragsgegner hat das Grundstück im Übrigen bereits im Jahr 2018 mit 600.000,00 EUR bewertet. Hinzu kommt, dass offen bleibt, ob es der kreditfinanzierenden Bank ausreichen wird, wenn die Antragstellerin den Antragsgegner auszahlen kann oder ob ihr nicht darüber hinaus daran gelegen ist, dass die Schuldentlassung des Antragsgegners mit einer wenigstens teilweisen Rückführung des Darlehens einhergeht.

b) Demgegenüber kann der Antragsgegner triftige Gründe für die Teilungsversteigerung anführen. Bei der Bewertung der von ihm angeführten Gründe ist zu berücksichtigen, dass die Beteiligten seit 5 Jahren getrennt leben und vor fast 4 Jahren (wechselseitige) Scheidungsanträge gestellt haben. Unter diesen Umständen ist eine Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft im vormaligen Familienheim faktisch ausgeschlossen und das vom Antragsgegner gemäß § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldete

Maß an Rücksichtnahme erheblich zurückgesetzt. An die Triftigkeit der von ihm für die Teilungsversteigerung vorgebrachten Gründe dürfen daher keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.

aa) Unerheblich ist zwar, dass der Antragsgegner eine drohende Versorgungslücke wegen des anstehenden Versorgungsausgleichs geltend macht, denn er tritt regulär erst in 6 Jahren in Rente.

bb) Von Bedeutung ist aber, dass der Antragsgegner sein bisheriges - hohes - regelmäßiges Einkommen verloren hat. Sein Arbeitsverhältnis ist gekündigt (Bl. 119 d.A.). Er ist im Januar 2021 am Herz operiert worden (Bl. 120 d.A.). Sein GdB ist wegen eingeschränkter Funktion von Herz, Hirn und Wirbelsäule mit 50 % festgestellt (Bl. 164 d.A.). Die Annahme, er könne wieder als Anästhesist mit einem regelmäßigen Einkommen - und nicht nur als Praxisvertreter oder im ärztlichen Bereitschaftsdienst - arbeiten, ist nicht realistisch. Sein Krankengeld ist ausgelaufen und der Bezug einer Erwerbsunfähigkeitsrente offen. Ob ihm das Praxisauseinandersetzungsguthaben von 165.000,00 EUR verbleibt, steht noch nicht abschließend fest. Jedenfalls stehen diesem Betrag die Verbindlichkeiten bei der ...Bank gegenüber, auf die er regelmäßige Zinsen zu zahlen hat; ein Interesse an einer vorzeitigen Ablösung des Kredits kann ihm aufgrund der Verschlechterung seiner Einkommensverhältnisse nicht abgesprochen werden. Die zum Zwecke der Kredittilgung abgeschlossene Versicherung wird erst im Jahr 2026 zur Auszahlung fällig. Überdies hat er unter den beschriebenen Umständen ein legitimes Interesse an einer Sicherung seiner laufenden Existenz, der nicht mehr seine früher sehr gute Einkommenssituation entgegengehalten werden kann. Seine Behauptung, dass er dazu auch auf die Liquidität durch die Versteigerung angewiesen sei, ist nicht von der Hand zu weisen.

Gleichzeitig sind die Beteiligten nicht in der Lage, den Teil des Anwesens – nämlich das kleine Haus und die Einliegerwohnung im großen Haus -, der derzeit nicht genutzt wird und der auch gar nicht als Ehwohnung im Sinne des § 1361 b BGB anzusehen ist, adäquat zu verwerten, insbesondere zu vermieten (vgl. Bl. 85 d.A.). Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass ihr die Herstellung der Vermietbarkeit weder physisch noch finanziell möglich ist, mag das zutreffen. Dies ändert aber nichts daran, dass die gegenwärtige Situation und der Umstand, dass ein wesentlicher Teil des Objekts nicht genutzt wird, dem Antragsgegner unter den beschriebenen Umständen nicht (mehr) zumutbar ist.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG i.V.m. § 97 Abs. 1 ZPO, die Festsetzung des Verfahrenswerts aus §§ 42 Abs. 3 FamGKG.

Die Rechtsbeschwerde war gemäß § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 FamFG zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die Frage zuzulassen, ob bis zur Rechtskraft der Scheidung eine Teilungsversteigerung stets unzulässig ist, wie dies der Senat anders als das OLG Hamburg verneint. Im Übrigen – insbesondere wegen der Abwägung der Interessen der Beteiligten - war eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht veranlasst, weil die Rechtssache insoweit keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des BGH erfordert.

#### **Rechtsbehelfsbelehrung:**

-

Gegen diesen Beschluss kann Rechtsbeschwerde eingelegt werden.

Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von **einem Monat** schriftlich bei dem

**Bundesgerichtshof**  
**Herrenstraße 45a**  
**76133 Karlsruhe**

einzulegen und in gleicher Weise innerhalb von **einem Monat** zu begründen.

Beide Fristen beginnen mit der schriftlichen Bekanntgabe dieses Beschlusses.

Die Rechtsbeschwerde wird durch Einreichen einer Rechtsbeschwerdeschrift eingelegt.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss enthalten:

1. die Bezeichnung des Beschlusses, gegen den die Rechtsbeschwerde gerichtet wird und
2. die Erklärung, dass gegen diesen Beschluss Rechtsbeschwerde eingelegt wird.

Mit der Rechtsbeschwerde soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Beschlusses vorgelegt werden.

Die Beteiligten müssen sich durch einen am Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen, der die Rechtsbeschwerdeschrift zu unterzeichnen hat.

Der Vertretung durch einen Rechtsanwalt bedarf es nicht bei Beteiligten, die durch das Jugendamt als Beistand vertreten sind.

Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Rechtsbeschwerde kann auch als elektronisches Dokument eingereicht werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht gemäß §§ 2 und 5 der Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung (ERVV) geeignet sein. Es muss

1. mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein und gemäß § 4 ERVV übermittelt werden, wobei mehrere elektronische Dokumente nicht mit einer gemeinsamen qualifizierten elektronischen Signatur übermittelt werden dürfen, oder

2. von der verantwortenden Person signiert und auf einem der sicheren Übermittlungswege, die in § 130a Abs. 4 der Zivilprozessordnung abschließend aufgeführt sind, eingereicht werden.

Informationen hierzu können über das Internetportal [https://justiz.de/laender-bund-europa/elektronische kommunikation/index.php](https://justiz.de/laender-bund-europa/elektronische_kommunikation/index.php) aufgerufen werden.

von B.

Dr. N.

K.

-