
Datum: 27.02.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 33. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 33 U 29/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0227.33U29.07.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 19 O 255/07
Normen: §§ 1361b II 2, 745 II BGB

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das am 26. September 2007 verkündete Urteil der 19. Zivilkammer des Landgerichts Essen aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird an das örtlich und sachlich zuständige Amtsgericht - Familiengericht - Hattingen abgegeben.

Die Kosten der Berufungsinstanz werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung oder Hinterlegung i.H.v. 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht zuvor die Beklagte Sicherheit in genannter Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe (gem. § 540 ZPO)

1

I

2

Die Parteien sind getrennt lebende Eheleute. Sie sind Eigentümer einer Doppelhaushälfte zu je ½, die den Parteien als Ehwohnung diente und aus der der Kläger im Zuge der Trennung

3

am 09.11.2005 ausgezogen ist.

Von der Beklagten, die die Wohnung nunmehr mit dem gemeinsamen Sohn allein nutzt, verlangt der Kläger ab Dezember 2005 die Zahlung einer Nutzungsentschädigung in monatlicher Höhe von 500,00 €, die er bereits vorprozessual mit Anwaltsschreiben vom 30.11.2005 i.H.v. monatlich 900,00 € geltend gemacht hat. Er ist der Ansicht, dass sich sein Anspruch aus § 745 II BGB ergebe und deshalb das Landgericht zuständig sei. 4

Die Beklagte rügt die Zuständigkeit des Zivilgerichts und macht in der Sache geltend, dass die Nutzungsentschädigung in Form eines Wohnwertes i.H.v. monatlich 500,00 € bereits unterhaltsrechtlich im Trennungsunterhaltverfahren berücksichtigt sei. 5

Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen und dies unter Hinweis auf eine im Vordringen befindliche Rechtsprechung der Oberlandesgerichte damit begründet, dass das Familiengericht sachlich zuständig sei, weil § 1361b III 2 BGB als lex specialis § 745 II BGB verdränge. Wegen der Begründung im Einzelnen und zur weiteren Sachdarstellung wird auf das angefochtene Urteil einschließlich seiner Verweisungen Bezug genommen. 6

Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Berufung. Er ist unter Bezugnahme auf seinen erstinstanzlichen Vortrag weiterhin der Auffassung, dass er seinen Anspruch auf § 745 II BGB stützen könne und deshalb die Zivilgerichte zuständig seien. § 1361b BGB sei auch deshalb nicht einschlägig, weil es sich bei der streitgegenständlichen Wohnung nicht mehr um die Ehewohnung handle. Die Wohnung habe ihren Status als Ehewohnung dadurch verloren, dass er diese endgültig verlassen und eine Nutzungsentschädigung nach § 745 II BGB bereits mit Anwaltsschreiben vom 30.11.2005 verlangt und erklärt habe, dass er eine irgendwie geartete Mitnutzung nicht beabsichtige. Allerspätestens sei die Qualität als Ehewohnung durch die widerstreitenden Scheidungsanträge verloren gegangen. 7

Der Kläger beantragt, 8

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach den in 1. Instanz gestellten Anträgen zu erkennen, 9

hilfsweise, die Sache zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen, 10

äußerst hilfsweise, den Rechtsstreit an das Familiengericht Hattingen zu verweisen. 11

Die Beklagte beantragt, 12

die Berufung zurückzuweisen. 13

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung und macht geltend, dass die Wohnung ihre Qualität als Ehewohnung durch die wechselseitigen Scheidungsanträge nicht verloren habe. Dies widerspräche der Hausratsverordnung, die die Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung nach Scheidung der Ehe betreffe. 14

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 15

II 16

Die Berufung ist im Wesentlichen unbegründet. Der Rechtsstreit ist gem. §§ 18, 18a HausrVO an das nach § 11 HausrVO zuständige Familiengericht abzugeben. 17

1. Mit dem Hauptantrag hat die Berufung keinen Erfolg, da die Zivilgerichte für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nicht zuständig sind. 18

a) Für getrennt lebende Eheleute, die zugleich Mitglieder einer Eigentümergemeinschaft i.S.d. §§ 741 ff BGB an der Ehewohnung sind, verdrängt für die Frage einer zu zahlenden Nutzungsentschädigung die Regelung des § 1361b III 2 BGB die allgemeine Regelung des § 745 II BGB als *lex specialis* für die Trennungszeit. Dies gilt auch dann, wenn der weichende Ehegatte die Ehewohnung freiwillig verlassen und dem verbleibenden Ehegatten freiwillig zur Nutzung überlassen hat und somit die eigentliche Zuweisung der Ehewohnung nicht Streitgegenstand war oder ist, da es seit der Neufassung des § 1361b III 2 BGB durch das Gewaltschutzgesetz vom 11.12.2001 nicht mehr auf die Frage des Grundes für den Auszug des anspruchstellenden Ehegatten ankommt und es auch nicht mehr eines Rückgriffs auf § 745 II BGB oder einer analogen Anwendung des § 1361b II BGB a.F. bedarf (vgl. KG – 13.12.2007 – 2 AR 60/07 – JURIS; OLG München – 17.04.2007 - FamRZ 2007, 824; Brandenburg – 07.06.2006 – FamRZ 2006, 1392; OLG Jena - 22.11.2005 – FamRZ 2006, 868; OLG Dresden – 10.05.2005 – NJW 2005, 3151; Palandt/Brudermüller, BGB, 67. Aufl., § 1361b Rn. 20; Zöller/Philippi, ZPO, 26. Aufl, § 621 Rn. 52b; Staudinger/Voppel (2007), § 1361b Rn. 88; Brudermüller, FamRZ 2006, 1157 [1159]; Finke, FF 2007, 185). 19

Gegen die Ansicht, § 1361b III 2 BGB sei *lex specialis* gegenüber § 745 II BGB spricht nicht die Entscheidung des BGH vom 15.02.2006 (FamRZ 2006, 930), in der der BGH eine verdrängende Spezialregelung (nur) für § 1361b II BGB a.F. auf dem Hintergrund verneint, dass für den freiwillig weichenden Alleineigentümer eine planwidrige Regelungslücke bestehe, da ihm durch § 1361b II BGB a.F. wie auch ansonsten durch Gesetz kein Anspruch auf Nutzenentschädigung gewährt werde. Der BGH hat diese Regelungslücke durch eine analoge Anwendung des § 1361b II BGB a.F. geschlossen und zwar für alle Fälle, in denen der Eigentümer-Ehegatte die bisherige Ehewohnung freiwillig verlässt, ohne dass die Ehegatten zuvor eine Übereinkunft über die wesentlichen Modalitäten einer künftigen Alleinnutzung der Wohnung durch den anderen Ehegatten erzielt haben (BGH aaO). Weiterhin sieht der BGH diese Regelungslücke durch die Neufassung des § 1361b III 2 BGB als geschlossen an (BGH aaO). 20

Sind somit durch § 1361b III 2 BGB alle Fälle einer Nutzungsentschädigung bei getrennt lebenden Ehegatten sowohl für die Zuweisungsverfahren, als auch für die freiwillige Überlassung (aus welchem Grund auch immer) für den Allein- wie auch den Miteigentümer erfasst, spricht dies für eine *lex specialis* gegenüber § 745 II BGB, da das Gemeinschaftsverhältnis hier durch die Besonderheit überlagert ist, dass es sich bei dem Gemeinschaftsgegenstand um die Ehewohnung handelt. 21

(1) Einer abweichenden Auffassung, dass § 1361b III 2 BGB nur dann als einschlägige Vorschrift anzusehen sei, wenn die Nutzungsentschädigung im Zusammenhang mit einem Wohnungszuweisungsverfahren geltend gemacht wird, da es sich bei der Nutzungsentschädigung nach § 1361b III 2 BGB nur um eine "flankierende" Anordnung handle, der Gesetzgeber durch die Neuformulierung des § 1361b BGB ausweislich der Materialien am bisherigen Rechtszustand nichts habe ändern wollen und im Übrigen unverändert gelte, dass nach endgültigem freiwilligem Auszug eines Ehegatten die Wohnung keine Ehewohnung mehr sei, für die allein aber § 1361b BGB Regelungen ermögliche (vgl. Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 4. Aufl., Rn 97; FamRZ 2007, 857, 1658; FamRZ 2006, 365; FF 2005, 23 [25]; FamRZ 2005, 565 [566]), vermag der Senat aus den dargelegten Gründen nicht zu folgen. 22

- (2) Wegen der verdrängenden Spezialregelung des § 1361b III 2 BGB steht dem Kläger auch kein Wahlrecht (so AG Ludwigslust – 9.11.2004 – FamRZ 2005, 728) zu, auf welche Vorschrift er seinen Anspruch stützt.
- (3) Letztlich sprechen auch prozessökonomische Erwägungen nicht gegen eine Spezialität des § 1361b III 2 BGB. Zwar erfasst § 1361b III 2 BGB nur die Zeit bis zur Rechtskraft der Scheidung, so dass für die Zeit danach ggf. erneut auf eine Nutzungsentschädigung geklagt werden muss (Wever aaO), wenn sich die Parteien nicht über Weiterzahlung und Höhe der Nutzungsentschädigung einigen. 24
- Dies wäre aber auch bei einer Anwendung des § 745 II BGB nicht ausgeschlossen. Sowohl § 745 II BGB als auch § 1361b III 2 BGB gewähren einen Anspruch nur, soweit er der Billigkeit entspricht, wobei für beide Anspruchsgrundlagen – entgegen den Ausführungen des Landgerichts – die gleichen Billigkeitsmaßstäbe gelten. Dies bedeutet in der Regel u.a., dass sich die Nutzungsentschädigung für die Trennungszeit nach einem angemessenen Mietwert und ab Rechtskraft der Scheidung nach dem ortsüblichen Mietwert bemisst mit der Folge, dass auch bei einer Anwendung des § 745 II BGB für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung geklagt werden müsste, wenn Streit über die Anpassung der Nutzungsentschädigung besteht. 25
- Soweit in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten wird, dass auch bei freiwilligem Auszug zur Bestimmung der nachehelichen Nutzungsentschädigung die einschlägigen Vorschriften der Hausratsverordnung analog anzuwenden seien (OLG München – 17.04.2007 – FamRZ 2007, 1655; ablehnende Anmerkung von Wever, FamRZ 2007, 1658), bedarf dies vorliegend keiner Entscheidung, da die Parteien noch nicht rechtskräftig geschieden sind. 26
- b) § 1361b III 2 BGB ist anwendbar, da es sich bei der streitbefangenen Wohnung noch um die Ehewohnung der Parteien handelt. Entgegen der Auffassung des Klägers ist der Status als Ehewohnung weder durch seinen endgültigen Auszug verbunden mit der Geltendmachung einer Nutzungsentschädigung nach § 745 II BGB noch durch die widerstreitenden Scheidungsanträge aufgehoben worden. 27
- (1) Zwar scheint für die Auffassung des Klägers die Entscheidung des BGH vom 04.02.1982 (FamRZ 1982, 355) zu sprechen, in der der BGH für eine Nutzungsentschädigungsklage unter geschiedenen Eheleuten aus dem Umstand, dass die Klägerin aus der Ehewohnung ausgezogen war und eine Nutzungsentschädigung verlangte, geschlossen hat, dass sie damit die Ehewohnung endgültig aufgegeben habe, mithin nicht die Vorschriften der Hausratsverordnung, sondern allein die §§ 743 ff BGB einschlägig seien. 28
- Diese Entscheidung kann auf dem Hintergrund der obergerichtlichen Rechtsprechung und unter Würdigung der Entscheidung des BGH vom 15.02.2006 (aaO) auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden. 29
- Ein einseitiges Verhalten durch Auszug und Aufgabe des Mitbesitzes führt nur in den sog. "Kündigungsfällen" zu einem Wegfall der Ehewohnung, indem der Alleinmieter der Ehewohnung oder der Vermieter in der Trennungszeit die Mietwohnung kündigt (vgl. OLG Köln FamRZ 2005, 1993; KG NJW-RR 1993, 132; Oldenburg FamRZ 1993, 1342). 30
- Ein freiwilliger Auszug und die Überlassung der Wohnung – auch wenn dies in der Vorstellung geschieht, die Wohnung nicht mehr gemeinsam nutzen zu wollen – beseitigt den Status der Ehewohnung nicht (vgl. OLG Köln FamRZ 1994, 632; Senat FamRZ 1989, 739). 31

Insoweit ist eine eindeutige und endgültige Einigung beider Ehegatten zu fordern (vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 296, 1087; OLG Frankfurt FamRZ 2004, 875). Eine solche Einigung liegt nur dann vor, wenn sich die Eheleute "über die wesentlichen Modalitäten einer künftigen Alleinnutzung der Wohnung durch den anderen Ehegatten" geeinigt haben (BGH Urteil vom 15.02.2006, aaO). Hierzu gehört nicht nur die Einigung, wer die Wohnung künftig unter Ausschluss des anderen nutzen wird, sondern auch eine Regelung ob und ggf. in welcher Höhe eine Nutzungsentschädigung gezahlt werden soll. Über letzteren Punkt hatten und haben die Parteien bisher keine Einigung erzielt, so dass noch um die Ehewohnung gestritten wird.

2. Kann der Kläger – wie dargelegt – seinen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung während der Trennungszeit nur auf § 1361b III 2 BGB (lex specialis) stützen, handelt es sich um eine Familiensache mit der Folge, dass der Rechtsstreit gem. §§ 18, 18a HausrVO von Amts wegen an das gem. § 11 HausrVO zuständige Familiengericht – hier das Familiengericht Hattingen – abzugeben ist (vgl. Palandt/Brudermüller, aaO, HausrVO § 18 Rn. 1). Die Abgabe entspricht zudem dem Hilfsantrag des Klägers. 32

Eine Abgabe in der Rechtsmittelinstanz ist möglich. § 513 II ZPO steht nicht entgegen, da das Landgericht seine Zuständigkeit nicht zu Unrecht angenommen, sondern seine Zuständigkeit verneint hat (vgl. BGH MDR 2005, 265). 33

III 34

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 I ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 35

Die Revision ist gem. § 543 II Nr. 1 ZPO zuzulassen. Von grundsätzlicher Bedeutung ist die Frage, ob § 1361b III 2 BGB als lex specialis gegenüber § 745 II BGB anzusehen ist und die sich hieraus ableitende Zuständigkeit der Zivil- oder Familiengerichte. 36