BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 202/03

Verkündet am:
15. Februar 2006
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 1361 b Abs. 2 a.F.

Wenn und soweit dies der Billigkeit entspricht, schuldet der in der bisherigen Ehewohnung verbleibende Ehegatte dem weichenden Ehegatten eine Nutzungsvergütung in analoger Anwendung des § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) auch dann, wenn die Wohnungsüberlassung an den bleibenden Ehegatten freiwillig erfolgt und nicht durch eine ihm andernfalls drohende schwere Härte gerechtfertigt ist.

BGH, Urteil vom 15. Februar 2006 - XII ZR 202/03 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 2006 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Sprick, Weber-Monecke, Prof. Dr. Wagenitz und Dose

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. November 2000 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger hat Herrn Hans-Klaus W. (im Folgenden: Ehemann) in einem gegen dessen Ehefrau geführten Rechtsstreit vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf anwaltlich vertreten; mit der ursprünglich gegen den Ehemann gerichteten Klage nimmt er - nachdem der Ehemann während des Prozesses verstorben ist - nunmehr die Beklagten als dessen Erben auf Zahlung seines Honorars in Anspruch. Die Beklagten bestreiten die Berechtigung der Honorarforderung und verlangen widerklagend Zahlung von Schadensersatz. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

2 Die Eheleute W. lebten im Güterstand der Gütertrennung; die Ehe war kinderlos. Der Ehemann war Eigentümer von zwei Eigentumswohnungen, deren eine als Ehewohnung genutzt wurde. Im September 1995 trennten sich die Ehegatten. Der Ehemann zog aus der Ehewohnung aus und bezog die andere ihm gehörende Eigentumswohnung. Die Ehewohnung wurde fortan bis einschließlich Mai 1996 von der Ehefrau allein genutzt. Mit Schreiben vom 20. September 1995 verlangte der Ehemann von der Ehefrau für die Nutzung der Wohnung eine Vergütung und bot an, ihr die Wohnung zu einem Mietzins von 1.500 DM nebst 200 DM Nebenkosten zu vermieten. Da er seinerzeit nur eine Rente von knapp 700 DM monatlich bezog, forderte er zusätzlich von ihr Unterhalt in Höhe von 1.000 DM. Die Ehefrau, die als Bankangestellte einer ganztägigen Berufstätigkeit nachging, zahlte in den Monaten Januar und Februar 1996 jeweils 800 DM.

3 In einem Rechtsstreit vor dem Landgericht Düsseldorf forderte die Ehefrau von dem Ehemann u.a. die Rückzahlung von Darlehen. Der Ehemann rechnete mit einer Forderung auf Nutzungsvergütung für die Eigentumswohnung in Höhe von 12.000 DM auf. Das Landgericht hielt diese Forderung nicht für begründet und gab der Klage der Ehefrau teilweise statt. Der Ehemann beauftragte daraufhin den Kläger mit seiner Vertretung für eine beim Oberlandesgericht einzulegende Berufung. Der Kläger legte das Rechtsmittel ein, nahm es aber später im Einvernehmen mit dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Ehemannes zurück.

4 Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Kläger die Zahlung seiner Gebühren. Die Beklagten sind u.a. der Auffassung, der Kläger habe die Rechtslage falsch beurteilt und den Ehemann unzulänglich beraten. Als Erben des Ehemannes seien sie deshalb zur Zahlung des Honorars nicht verpflichtet. Dem

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Ehemann sei durch den Verlust des Vorprozesses ein Schaden von 12.000 DM entstanden, den sie im Wege der Widerklage geltend machen.

5 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgen sie ihr erstinstanzliches Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Nach Auffassung des Oberlandesgerichts hat sich der Kläger mit der Einlegung der Berufung auftragsgemäß verhalten. Der ihm vom Kläger erteilte Auftrag habe zwar auch die Aufgabe umfasst, die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels zu beurteilen. Dieser Aufgabe habe sich der Kläger nach der Auftragserteilung aber nicht sofort und unter erheblichem Zeitdruck, nämlich noch vor Einlegung des Rechtsmittels, unterziehen müssen. Er habe hierzu vielmehr die Vorbereitung der Berufungsbegründung nutzen dürfen, für die ihm ein weiterer Zeitraum zur Verfügung gestanden habe. Der Kläger habe auch keine Veranlassung gehabt anzuregen, dass der ihm vom Ehemann - über dessen erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten - erteilte Auftrag geändert und zunächst nur die Erfolgsaussicht einer Berufung geprüft werden solle. Mit einem solchen

Vorschlag hätte sich der Kläger selbst unter Zeitdruck gesetzt; auch wäre er erhöhte Risiken eingegangen, da er die Gerichtsakten bis zum Ablauf der Berufungsfrist nicht mehr hätte einsehen können.

8 Diese Erwägungen sind frei von Rechtsirrtum; auch die Revision erinnert gegen sie nichts.

II.

9 1. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts hat sich der Kläger gegenüber dem Ehemann auch nicht wegen einer sonstigen Verletzung des Rechtsanwaltsdienstvertrags schadensersatzpflichtig gemacht, so dass die Beklagten vom Kläger weder Freistellung von dessen Honorarforderung noch - widerklagend - Schadensersatz verlangen könnten. Ein erkennbar gewordenes Beratungsdefizit des Klägers sei nicht schadensursächlich geworden. Durch den Verlust des Vorprozesses habe der vom Kläger anwaltlich vertretene Ehemann keinen Schaden erlitten; der von ihm dort zur Aufrechnung gestellte Anspruch gegen seine Ehefrau auf Zahlung einer Nutzungsvergütung habe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt bestanden:

10 Das Angebot des Ehemannes zum Abschluss eines Mietvertrages über die bisherige Ehewohnung habe die Ehefrau nicht, auch nicht konkludent, angenommen. Ein Nutzungsvergütungsanspruch lasse sich auch nicht aus den §§ 987 ff. BGB herleiten; denn die Ehefrau sei auch nach dem Auszug des Ehemannes weiterhin zum Besitz an der bisherigen Ehewohnung berechtigt gewesen. Zwar erlösche das Besitzrecht, das der in der Wohnung verbleibende Ehegatte einem auf § 985 BGB gestützten Herausgabeanspruch des anderen Ehegatten als des alleinigen Wohnungseigentümers entgegenhalten könne,

bereits dann, wenn der andere Ehegatte (= Wohnungseigentümer) gemäß § 1361 b Abs. 1 BGB die Überlassung der Wohnung an sich verlangen könnte. Vorliegend seien die Voraussetzungen des § 1361 b Abs. 1 BGB jedoch nicht dargetan; insbesondere sei nicht ersichtlich, dass eine Wohnungsüberlassung an den Ehemann notwendig gewesen wäre, um eine schwere Härte für ihn zu vermeiden.

11 Auch auf § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) lasse sich ein Nutzungsvergütungsanspruch des Ehemannes nicht stützen; denn es sei nichts dazu vorgetragen, dass der Ehemann der Ehefrau die Ehewohnung habe überlassen müssen, um eine schwere Härte für sie zu vermeiden. Eine analoge Anwendung des § 745 Abs. 2 BGB, der für den weichenden (Miteigentümer-)Ehegatten einen Anspruch auf angemessene Vergütung gegen den in der bisherigen Ehewohnung verbleibenden anderen Ehegatten begründen könne, komme nicht in Betracht; denn der Gesetzgeber habe in § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) festgelegt, unter welchen Voraussetzungen der weichende Ehegatte bei Streit um die Ehewohnung eine Nutzungsvergütung schulde. Dabei habe er die Eingriffsschwelle zum Schutz des zurückbleibenden Ehegatten mit dem Erfordernis "schwere Härte" bewusst hoch angesetzt. Daraus folge, dass sich ein Anspruch auf Nutzungsvergütung nur aus unmittelbarer Anwendung des § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) ergeben könne, mithin in Fällen ausscheide, in denen - wie hier - die freiwillige Überlassung der Wohnung an einen Ehegatten nicht durch eine schwere Härte, die anderenfalls in dessen Person entstünde, gerechtfertigt sei.

12 2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

13 a) Zutreffend ist allerdings, dass ein Schadensersatzanspruch des Ehemannes - und in seiner Rechtsnachfolge der Beklagten - gegen den Kläger je-

denfalls nur dann begründet ist, wenn der Ehemann im Vorprozess gegen seine Ehefrau, hätte der Kläger die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil nicht zurückgenommen, obsiegt hätte. Dabei ist, wovon auch das Oberlandesgericht ausgeht, nicht darauf abzustellen, wie der Vorprozess voraussichtlich geendet hätte. Entscheidend ist vielmehr, wie er nach der Beurteilung durch das Gericht, das über den Schadensersatzanspruch zu erkennen hat, richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre (BGHZ 133, 110, 111 m.w.N.; BGH Urteil vom 6. Juli 2000 - IX ZR 198/99 - WM 2000, 1814, 1816). Dies gilt auch dann, wenn - wie hier - der Instanzenzug des Vorprozesses grundsätzlich vor dem Oberlandesgericht geendet hätte und der Bundesgerichtshof mit dem Regressverfahren befasst wird; auch in diesem Falle beurteilt sich das Vorliegen eines Schadens nicht nach dem hypothetischen Ausgang des Vorprozesses beim Instanzgericht, sondern nach der Rechtslage aus der Sicht des Bundesgerichtshofs.

14 b) Die Auffassung des Oberlandesgerichts, dem Ehemann sei mit der Rücknahme der Berufung im Vorprozess kein Schaden entstanden, weil er von der Ehefrau unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt eine Vergütung für die Nutzung der in seinem Alleineigentum stehenden bisherigen Ehewohnung habe verlangen können, ist indes nicht frei von Rechtsirrtum.

15 aa) Richtig und von der Revision nicht angegriffen ist, dass zwischen den Eheleuten kein Mietvertrag zustande gekommen ist. Nicht zu beanstanden ist auch, dass das Oberlandesgericht einen auf die §§ 987 ff. BGB gestützten Anspruch des Ehemannes auf Nutzungsvergütung mangels Vorliegens einer Vindikationslage verneint. Obwohl die bisherige Ehewohnung im Alleineigentum des Ehemannes stand, blieb die Ehefrau auch nach dessen Auszug zum Besitz an der Wohnung berechtigt (vgl. BGHZ 67, 217, 222 f.; BGH Urteil vom 7. April 1978 - V ZR 154/75 - FamRZ 1978, 496, 497 f.). Die vom Oberlandesgericht erörterte Frage, ob dieses Besitzrecht des einen Ehegatten erst mit der richter-

lichen Zuweisung der Wohnung an den anderen Ehegatten oder schon dann endet, wenn die Voraussetzungen des § 1361 b Abs. 1 BGB für eine solche Zuweisung erfüllt sind, bedarf keiner Entscheidung; denn der Ehemann hat weder eine solche Zuweisung an sich erwirkt noch sind deren materielle Voraussetzungen dargetan. Schließlich begegnet es keinen Bedenken, wenn das Oberlandesgericht es ablehnt, einen Nutzungsvergütungsanspruch des Ehemannes aus einer unmittelbaren Anwendung des § 745 Abs. 2 BGB, aus § 812 BGB, aus positiver Forderungsverletzung oder aus unerlaubter Handlung herzuleiten. Dies wird auch von der Revision hingenommen.

16 bb) Nicht richtig ist hingegen die Auffassung des Oberlandesgerichts, ein Nutzungsvergütungsanspruch des Ehemannes lasse sich auch nicht auf § 1361 b Abs. 2 BGB in der hier maßgebenden, bis zum Inkrafttreten des Gewaltschutzgesetzes (vom 11. Dezember 2001, BGBl. I S. 3513) am 1. Januar 2002 geltenden Fassung stützen.

17 Das Oberlandesgericht geht - im Ansatzpunkt zutreffend - davon aus, dass § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) dem weichenden Ehegatten einen Nutzungsvergütungsanspruch nicht nur in Fällen gewährt, in denen die Wohnung dem anderen Ehegatten durch richterliche Entscheidung zugewiesen worden ist. Es will dem weichenden Ehegatten einen solchen Anspruch vielmehr auch dann gewähren, wenn lediglich die materiellen Voraussetzungen für eine solche Wohnungszuweisung nach § 1361 b Abs. 1 BGB (a.F.) vorgelegen haben. Das ist, wie das Oberlandesgericht mit Recht ausführt, hier nicht der Fall; denn aus dem Vortrag der Beklagten ist nicht ersichtlich, dass die Überlassung der Ehewohnung an die Ehefrau notwendig war, um - wie es § 1361 b Abs. 1 BGB (a.F.) fordert - für diese eine schwere Härte zu vermeiden.

18 Zugleich möchte das Oberlandesgericht allerdings die Möglichkeit, dem weichenden Ehegatten eine Nutzungsvergütung zuzubilligen, auf die genannten Fälle beschränken, um die von § 1361 b Abs. 1 BGB (a.F.) normierte Eingriffsschwelle nicht abzusenken. Damit schließt es Fälle der vorliegenden Art, in denen die Wohnungsüberlassung durch den einen Ehegatten nicht notwendig ist, um eine schwere Härte, die sich für den anderen Ehegatten aus dem Verlust der Ehewohnung ergeben würde, zu vermeiden, vom Anwendungsbereich des § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) aus. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

19 Die Frage, ob § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) - allein oder in Verbindung mit § 745 Abs. 2 BGB - auf Fälle angewandt werden kann, in denen ein Ehegatte freiwillig aus der in seinem Alleineigentum stehenden bisherigen Ehewohnung auszieht, obwohl die Voraussetzungen, die § 1361 b Abs. 1 BGB für eine Wohnungszuweisung an den anderen Ehegatten aufstellt ("schwere Härte"), nicht vorliegen, wird in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Von den Oberlandesgerichten wird dem Alleineigentümer-Ehegatten in solchen Fällen eine Nutzungsvergütung nach Maßgabe der Billigkeit überwiegend zuerkannt. Dabei wird zum Teil darauf abgestellt, dass sich die Ehegatten in solchen Fällen jedenfalls darüber einig seien, dass der in der bisherigen Ehewohnung verbleibende Ehegatte diese nunmehr allein nutzen dürfe. Auch wenn die Ehegatten über die Entgeltlichkeit dieser Nutzung oder die Höhe eines Entgelts stritten, so begründe doch ihr Einvernehmen über die Nutzung als solche eine Überlassungsverpflichtung des weichenden (Eigentümer-)Ehegatten, der deshalb - auch nach dem Wortlaut des § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) - von dem in der Wohnung verbleibenden Ehegatten eine Nutzungsvergütung nach Billigkeit verlangen könne (OLG Schleswig FamRZ 1988, 722, 723; vgl. auch OLG Hamm FamRZ 1993, 191). Zum Teil wird eine entsprechende Anwendung des § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) im Wege der Analogie befürwortet (OLG München FamRZ 1999, 1270; OLG Braunschweig FamRZ 1996, 548 f.; OLG Frankfurt

FamRZ 1992, 677, 678 f.; ebenso MünchKomm/Wacke BGB 3. Aufl. § 1361 b Rdn. 14; Johannsen/Henrich/Brudermüller Eherecht 3. Aufl. § 1361 b BGB Rdn. 34; Huber FamRZ 2000, 129, 132 f.; Garbes FamRZ 1991, 813, 814) oder mit einem "erst-recht"-Schluss zu § 745 Abs. 2 BGB begründet: Bei Miteigentum der Ehegatten an der Ehewohnung begründe die Trennung der Ehegatten eine so grundlegende Änderung der Verhältnisse, dass jeder (Miteigentümer-)Ehegatte vom anderen eine Neuregelung der Verhältnisse verlangen könne; eine solche Neuregelung könne auch in der Verpflichtung des verbleibenden Ehegatten bestehen, dem weichenden Ehegatten eine Nutzungsvergütung zu zahlen. Dann aber sei es sachwidrig, dem aus der Ehewohnung ausziehenden Alleineigentümer-Ehegatten für die Trennungszeit eine solche Vergütung auch dann zu versagen, wenn die Billigkeit ihre Zahlung gebiete (OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1271 f.; OLG Köln FamRZ 1992, 440, 441).

20 Die Gegenmeinung lehnt eine - und sei es auch nur entsprechende - Anwendung des § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) auf derartige Fälle ab. Dabei wird z.T. auf den systematischen Zusammenhang des Absatzes 2 mit Absatz 1 der Vorschrift verwiesen und - wie auch im angefochtenen Urteil - für die Berechtigung einer Forderung auf Nutzungsvergütung verlangt, dass die Zuweisungsvoraussetzungen des Absatzes 1 bei einer hypothetischen Prüfung erfüllt seien, die freiwillige Überlassung der Wohnung an den einen Ehegatten also einer sonst für diesen bestehenden schweren Härte Rechnung trage (KG FamRZ 2001, 368; Erbath NJW 1997, 974 f.; ders. NJW 2000 1379, 1384). Zum Teil wird diese Einschränkung aus dem Willen des Gesetzgebers hergeleitet, der eine der Hausratsverordnung entsprechende Regelung habe treffen wollen; die Hausratsverordnung gestehe einem Ehegatten eine Vergütung für die Nutzung der Wohnung durch den anderen Ehegatten jedoch nur in Fällen zu, in denen aufgrund richterlicher Wohnungszuweisung eine Überlassungsverpflichtung zugunsten des anderen Ehegatten bestehe (Erbarth aaO). Zum Teil wird das

Erfordernis einer ohne die Wohnungsüberlassung bestehenden schweren Härte mit dem Gedanken gerechtfertigt, der Eigentümer-Ehegatte solle die Weiterbenutzung der Wohnung durch den anderen Ehegatten nicht allein durch seinen bloßen Auszug in eine entgeltliche Nutzung umwandeln können (Coester FamRZ 1993, 249, 253).

21 Der Senat hält § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) auf Fälle der vorliegenden Art zwar nicht für unmittelbar anwendbar: Der Wortlaut der Vorschrift verlangt, dass der entschädigungsberechtigte Ehegatte dem entschädigungspflichtigen Ehegatten zur Überlassung der bisherigen Wohnung verpflichtet ist. Eine solche Verpflichtung kann sich zwar auch aus einer Vereinbarung der Ehegatten ergeben. Allerdings wird man ein Einvernehmen über eine Rechtspflicht des einen Ehegatten zur Wohnungsüberlassung an den anderen Ehegatten nicht schon aus dem bloßen Auszug des einen Ehegatten herleiten können. Der Abschluss einer solchen Vereinbarung erfordert das Bewusstsein, mit dem jeweils anderen Ehegatten hierüber eine rechtsgeschäftlich bindende Abrede zu treffen. Ohne zusätzliche Anhaltspunkte kann von einem solchen Erklärungsbewusstsein regelmäßig nicht ausgegangen werden (so auch MünchKomm/Wacke aaO; Johannsen/Henrich/Brudermüller aaO; Garbes FamRZ 1991, 813, 814). Eine bindende Nutzungsvereinbarung scheitert, worauf das Oberlandesgericht zu Recht hinweist, im vorliegenden Fall bereits an den unterschiedlichen Vorstellungen der Parteien über die Entgeltlichkeit der Nutzung und die Höhe eines etwaigen Entgelts.

22 Der Senat erachtet auch einen "erst-recht"-Schluss aus § 745 Abs. 2 BGB, wie er zum Teil vertreten wird, nicht für zwingend; denn ein solcher Schluss lässt das Verhältnis dieser Vorschrift zu § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) und dessen Auslegung außer Betracht. Hätte nämlich der Gesetzgeber in § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) die Nutzung der bisherigen Wohnung durch einen

der Ehegatten abschließend regeln und dem weichenden Ehegatten eine Nutzungsvergütung nur für den Fall einer Überlassungspflicht dieses Ehegatten - und damit regelmäßig nur bei einer ohne die Überlassung drohenden schweren Härte für den anderen Ehegatten (§ 1361 b Abs. 1 BGB a.F.) - gewähren wollen, so würde sich diese für Ehegatten geltende gesetzgeberische Wertung möglicherweise als lex specialis auch gegenüber der für Miteigentümer allgemein geltenden Regel des § 745 Abs. 2 BGB durchsetzen. Ein Vergütungsanspruch des weichenden Ehegatten ließe sich dann weder auf das Miteigentum noch auf das Alleineigentum des weichenden Ehegatten stützen (zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 745 Abs. 2 BGB auf das Miteigentum von Ehegatten an der Ehewohnung vgl. aber: Senatsurteile vom 13. April 1994 - XII ZR 3/93 - FamRZ 1994, 822 und vom 8. Mai 1996 - XII ZR 254/94 - FamRZ 1996, 931, 932; vgl. auch das vor Einführung des § 1361 b BGB ergangene Senatsurteil vom 11. Dezember 1985 - IVb ZR 83/84 - FamRZ 1986, 436, 437 sowie die Urteile des BGH vom 4. Februar 1982 - IX ZR 88/80 - FamRZ 1982, 355 f. und vom 17. Mai 1983 - IX ZR 14/82 - FamRZ 1983, 795, 796 f.; zum Meinungsstand betr. das Konkurrenzverhältnis zwischen § 1361 b Abs. 2 BGB a.F. und § 745 Abs. 2 BGB etwa: Johannsen/Henrich/Brudermüller aaO Rdn. 32).

23 Dem § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) lässt sich eine solche gesetzgeberische Wertung indes nicht entnehmen. § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) ist nach Auffassung des Senats vielmehr - über seinen Wortlaut hinaus - analog jedenfalls auch auf Fälle anwendbar, in denen ein Ehegatte die in seinem Alleineigentum stehende Ehewohnung dem anderen Ehegatten freiwillig zur alleinigen Nutzung überlässt, und zwar unabhängig davon, ob diese Überlassung erforderlich war, um für den anderen Ehegatten eine schwere Härte zu vermeiden oder nicht. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Sowohl § 1361 b BGB als auch die Hausratsverordnung gehen von der Annahme aus, eine Trennung oder Scheidung könne dazu führen, dass die Nutzungsberechtigung an der bisherigen

Ehewohnung abweichend von den Eigentumsverhältnissen geregelt werden muss. Gerade in solchen Fällen soll dem Ehegatten, in dessen Eigentum die Wohnung steht, die Möglichkeit eröffnet sein, eine Entschädigung für die ihm sonst mögliche anderweitige Verwertung der Wohnung zu verlangen, wenn und soweit dies der Billigkeit entspricht. Eine in Grund und Höhe von Billigkeitserwägungen abhängige Nutzungsvergütung kommt nicht nur dann in Betracht, wenn eine schwere Härte die Wohnungsüberlassung an den anderen Ehegatten erfordert oder wenn die Eheleute sich rechtsgeschäftlich bindend über die alleinige Nutzung durch den anderen Ehegatten geeinigt haben. Eine Prüfung, ob und inwieweit die Billigkeit eine Nutzungsvergütung erfordert, ist vielmehr in allen Fällen geboten, 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 hätten. Ein Entschädigungsanspruch des weichenden Ehegatten bietet in solchen Fällen eine angemessene Kompensation für das die Trennung überdauernde Besitzrecht des anderen Ehegatten, das dem Herausgabeanspruch des weichenden Ehegatten aus § 985 BGB entgegensteht. Mit dem Kriterium der Billigkeit, an das der Entschädigungsanspruch nach Grund und Höhe anknüpft, kann auch Fällen Rechnung getragen werden, in denen der weichende Ehegatte dem anderen Ehegatten allein durch seinen Auszug eine entgeltliche Allein-Nutzung der Wohnung aufdrängt (anders offenbar Coester FamRZ 1993, 249, 253). Der Umstand, dass das Gesetz eine solche Entschädigungsregelung jedenfalls für Fälle des Alleineigentums des weichenden Ehegatten nicht gewährt und auch § 1361 b Abs. 2 (a.F.) nach seinem Wortlaut diese Fälle nicht abdeckt, begründet eine planwidrige Unvollkommenheit des Gesetzes. Diese Regelungslücke kann im Wege einer Analogie zu § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) geschlossen werden (ausführlich Huber aaO).

24 Der Umstand, dass § 1361 b Abs. 1 BGB (a.F.) eine Wohnungszuweisung für die Trennungszeit an die Notwendigkeit bindet, eine sich andernfalls ergebende schwere Härte für den zuweisungsberechtigten Ehegatten zu vermeiden, steht - entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts - einer analogen Anwendung des § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) nicht entgegen. Die für die Wohnungszuweisung geltende hohe Eingriffsschwelle rechtfertigt sich aus der gravierenden Einbuße, die der Verlust der bisherigen Wohnung für den weichenden Ehegatten bedeutet. Für die Zuerkennung einer Nutzungsvergütung bedarf es einer solchen Eingriffsschwelle nicht. Sie soll keinen Eingriff in den Besitz an der bisherigen Wohnung rechtfertigen, sondern - im Gegenteil - den Verlust des Wohnungsbesitzes und die damit einhergehenden wirtschaftlichen Nachteile für den weichenden Ehegatten im Einzelfall und nach Billigkeit kompensieren. Eine solche Billigkeitsregelung kann auch dann angezeigt sein, wenn die Wohnungsüberlassung an den bleibenden Ehegatten freiwillig erfolgt und nicht durch eine ihm anderenfalls drohende schwere Härte gerechtfertigt ist. Eine analoge Anwendung des § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) trägt dem Rechnung.

25 Die Notwendigkeit einer ausdehnenden Handhabung des § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) entspricht offenbar auch der Auffassung des Gesetzgebers, der mit dem Gewaltschutzgesetz (vom 11. Dezember 2001 aaO) auch § 1361 b BGB neu gefasst hat. Nach § 1361 b Abs. 3 Satz 2 BGB (n.F.) kann, wenn "einem Ehegatten die Ehewohnung ganz oder zum Teil überlassen" wird, der andere Ehegatte "von dem nutzungsberechtigten Ehegatten eine Vergütung für die Nutzung verlangen, soweit dies der Billigkeit entspricht". Mit dieser Umformulierung wird auf das bisherige Erfordernis einer Verpflichtung des die Vergütung fordernden Ehegatten zur Überlassung der Wohnung an den anderen Ehegatten als Tatbestandsmerkmal des Vergütungsanspruchs verzichtet; es wird lediglich auf die - sich allerdings bereits aus der Fortdauer der Ehe erge-

bende - Nutzungsberechtigung des vergütungspflichtigen Ehegatten abgestellt. Aus dieser Neuformulierung wird gefolgert, dass sich - jedenfalls nunmehr - auch bei freiwilligem Auszug eines Ehegatten aus der bisherigen Ehewohnung und losgelöst von den Voraussetzungen des § 1361 b Abs. 1 BGB (n.F.) ein Vergütungsanspruch unmittelbar aus § 1361 b Abs. 3 Satz 2 BGB (n.F.) herleiten lässt (OLG Dresden NJW 2005, 3151; Palandt/Brudermüller BGB 65. Aufl. § 1361 b Rdn. 20; Johannsen/Henrich/Brudermüller Eherecht 4. Aufl. § 1361 b Rdn. 33; Haußleiter/Schulz Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung 4. Aufl. Kap. 4 Rdn. 56; KK-Familienrecht/Weinreich 2. Aufl. § 1361 b Rdn. 43). Der Umstand, dass in der Begründung des Regierungsentwurfs eines Gewaltschutzgesetzes die gegenüber § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) umformulierte Regelung in § 1361 b Abs. 3 Satz 2 BGB (n.F.) nicht erläutert wird (BT-Drucks. 14/5429 S. 14, 21), legt die Annahme nahe, dass die Entwurfsverfasser keine inhaltliche Änderung gegenüber dem bis dahin geltenden Recht vornehmen, die geltende Rechtslage vielmehr nur klarstellen wollten und dass sich auch der Gesetzgeber dieses Verständnis des bisherigen Rechts zu Eigen gemacht hat.

III.

26 Nach allem kann das angefochtene Urteil mit der gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Der Senat vermag in der Sache nicht abschließend zu entscheiden. Das Oberlandesgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - das Vorliegen einer Pflichtverletzung nicht im Einzelnen festgestellt; es hat insbesondere nicht dargetan, worin es ein mögliches "Beratungsdefizit" des Klägers gegenüber dem Ehemann erblickt. Ebenso folgerichtig hat es keine Feststellungen zu der Frage getroffen, inwieweit eine Pflichtverletzung

für den in der rechtskräftigen Aberkennung eines Nutzungsvergütungsanspruchs liegenden Schaden des Ehemannes ursächlich geworden ist, der Ehemann also bei ordnungsgemäßer Beratung durch den Kläger auf einer Durchführung der Berufung bestanden hätte und die von § 1361 b Abs. 2 BGB (a.F.) geforderte Billigkeitsprüfung zur Zuerkennung einer Nutzungsvergütung geführt hätte. Die Sache war daher an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen, damit es die fehlenden Feststellungen nachholt.

IV.

27 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

28 1. Ein Rechtsanwalt ist zu einer umfassenden und erschöpfenden Belehrung seines Mandanten verpflichtet. Er hat ihm den sichersten Weg für das angestrebte Ziel vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant eine sachgerechte Entscheidung treffen kann. Er muss diesen nicht nur über das Vorhandensein, sondern auch über das ungefähre Ausmaß des Risikos unterrichten, weil der Mandant nur aufgrund einer Einschätzung des Risikoumfangs über sein weiteres Vorgehen entscheiden kann (BGH Urteile vom 6. Februar 1992 - IX ZR 95/91 - WM 1992, 742, 743, vom 20. Oktober 1994 - IX ZR 116/93 - WM 1995, 398, 399 f. und vom 10. Dezember 1998 - IX ZR 358/97 - WM 1999, 645, 646). Bei der Beurteilung der für die Entscheidung maßgebenden Rechtslage hat sich der Rechtsanwalt in erster Linie an der höchstrichterlichen Rechtsprechung auszurichten, auf deren Fortbestand, insbesondere wenn es sich um eine gefestigte Rechtsprechung oder um neuere Entscheidungen handelt, er in der Regel vertrauen darf. Er braucht in solchen Fällen grundsätzlich entgegenstehende Rechtsprechung von Instanzgerichten und abweichende Stimmen in der Literatur nicht zu berücksichtigen. Das ist je-

doch unter anderem dann anders, wenn es eine in diesem Sinne gesicherte Rechtsprechung nicht gibt, wenn die Auswirkungen eines neuen Gesetzes auf die Judikatur, die zu dem früheren Rechtszustand ergangen ist, geprüft werden müssen oder wenn es deutliche Hinweise eines obersten Gerichts auf die Möglichkeit einer künftigen Änderung seiner Rechtsprechung gibt (vgl. BGH Urteile vom 30. September 1993 - IX ZR 211/92 - WM 1993, 2129, 2130 f. und vom 21. September 2000 - IX ZR 127/99 - WM 2000, 2431, 2435).

29 Bei der Frage, ob der Kläger diesen Anforderungen gerecht geworden ist, wird zu bedenken sein, dass er sich - ausweislich seines an den Ehemann gerichteten Schreibens vom 22. September 1998 und seines Vortrags in den Tatsacheninstanzen - bei seiner Prüfung, ob dem Ehemann ein Anspruch auf Nutzungsvergütung zusteht, ausschließlich auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 7. April 1978 (BGHZ 71, 216) gestützt hat, ohne die 1986 in das BGB eingefügte Regelung des § 1361 b Abs. 2 (a.F.) zu erwähnen. Diese Vorschrift wurde indes schon im Zeitpunkt der vom Kläger vorgenommenen Rechtsprüfung (September 1998) von mehreren Instanzgerichten und Kommentatoren auf Fälle entsprechend angewandt, in denen der weichende Ehegatte Alleineigentümer der bisherigen Ehewohnung war und diese dem anderen Ehegatten überlassen hatte, obwohl die Voraussetzungen einer schweren Härte für diesen Ehegatten nicht vorlagen (vgl. hierzu die ausführlichen Nachweise bei OLG Braunschweig FamRZ 1996, 548, 549, zitiert etwa von Palandt/Diederichsen BGB 57. Aufl. 1998 § 1361 b Rdn. 8). Auch hatte der Senat in seinem Urteil vom 8. Mai 1996 (aaO 932) ausdrücklich offen gelassen, ob der Prozessrichter einem Ehegatten eine Nutzungsvergütung nach den gleichen Grundsätzen zubilligen könne, die im Falle der Wohnungszuweisung durch den Hausratsrichter gälten.

30 2. Ob ein Rechtsanwalt seine Pflichten verletzt hat, beurteilt sich nicht nach dem Maßstab eines idealen, besonders qualifizierten Anwalts, sondern danach, was normalerweise von einem gewissenhaften und erfahrenen Angehörigen seines Berufskreises bei der gegebenen Sachlage an Umsicht und Sorgfalt zu erwarten war (BGH Urteil vom 7. Februar 1967 - VI ZR 101/65 - VersR 1967, 704, 705). Da auch der die Frage des Verschuldens bestimmende Sorgfaltsmaßstab ein objektiver ist, kann sich ein Rechtsanwalt, der seine Pflichten verletzt hat, nur in Ausnahmefällen darauf berufen, nicht schuldhaft gehandelt zu haben (BGH Urteil vom 31. Mai 1994 - VI ZR 233/93 - NJW 1994, 2232, 2233). Für einen solchen Ausnahmefall dürfte hier nichts ersichtlich sein.

31 3. Die Beweislast dafür, dass ein pflichtwidriges Anwaltsverhalten für einen dem Auftraggeber entstandenen Schaden ursächlich geworden ist, liegt beim geschädigten Mandanten; jedoch gilt die Beweiserleichterung des § 287 ZPO (BGHZ 123, 311, 314 f.). Soweit es darum geht, wie der Auftraggeber sich bei ordnungsgemäßer Beratung verhalten hätte, ist ihm die Beweisführung nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises erleichtert, wenn ein bestimmter Rat geschuldet war und es in der gegebenen Situation unvernünftig gewesen wäre, diesen Rat nicht zu befolgen (BGHZ 123 aaO; BGH Urteil vom 22. Februar 2001 - IX ZR 293/99 - WM 2001, 741, 743 zur Steuerberaterhaftung). Die Regeln des Anscheinsbeweises sind indessen nicht anwendbar, wenn unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten verschiedene Verhaltensweisen ernsthaft in Betracht kommen und die Aufgabe des Beraters lediglich darin besteht, dem Mandanten durch die erforderlichen fachlichen Informationen eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen (BGH Urteil vom 22. Februar 2001 aaO). Im vorliegenden Fall dürfte es für die Beantwortung der Frage, ob der Ehemann bei zutreffender Belehrung über die nicht abschließend geklärte Rechtslage das mit einer weiteren Prozessführung verbundene Kostenrisiko einzugehen bereit gewesen wäre, keinen Erfahrungssatz in der einen oder anderen Richtung geben.

Es wird deshalb Aufgabe des Berufungsgerichts sein, nach Erhebung etwa angetretener Beweise auf der Grundlage einer nach § 286 ZPO gebotenen Gesamtwürdigung zu entscheiden, ob es von der Ursächlichkeit des Aufklärungsmangels für das Unterbleiben der weiteren Rechtsverfolgung überzeugt ist (vgl. BGH Urteil vom 7. Dezember 1992 - II ZR 179/91 - ZIP 1993, 363, 365 m.w.N.). Dabei wird es zunächst Aufgabe der Beklagten sein, die Gründe plausibel darzustellen, warum der Ehemann sich bei Kenntnis der ihm zutreffend mitgeteilten Rechtslage für die Fortsetzung des Prozesses entschieden hätte (vgl. Stodolkowitz VersR 1994, 11, 15). Bislang ist von der Beklagtenseite hierzu nur vorgetragen worden, der damalige erstinstanzliche Prozessbevollmächtigte habe trotz Abratens durch den Kläger die Durchführung der Berufung befürwortet. Die Zurückverweisung gibt den Parteien Gelegenheit, ihr Vorbringen unter dem hier erörterten rechtlichen Gesichtspunkt, dem das Oberlandesgericht - von seinem Ausgangspunkt her folgerichtig - nicht weiter nachgegangen ist, zu ergänzen.

32 4. Bei der für den Anspruch auf Nutzungsvergütung anzustellenden Billigkeitsprüfung wird zu beachten sein, dass das Alleineigentum des weichenden Ehegatten an der bisherigen Ehewohnung für sich genommen nicht stets und zwingend einen Nutzungsvergütungsanspruch gegen den verbleibenden Ehegatten begründet. Dennoch wird, wie von § 1361 b Abs. 1 Satz 2 BGB (a.F.) für den Überlassungsanspruch hervorgehoben, die eigentumsrechtliche Zuordnung der Ehewohnung auch für die Frage nach Begründetheit und Höhe eines Anspruchs auf Nutzungsvergütung "besonders zu berücksichtigen" sein. Außerdem wird zu bedenken sein, ob und in welcher Weise die fortdauernde Nutzung der bisherigen Eigentumswohnung durch die Ehefrau bereits bei der Ermittlung

eines etwaigen Trennungsunterhalts für den Ehemann (etwa als einkommenserhöhender Wohnvorteil für die Ehefrau) berücksichtigt worden ist.

Hahne Sprick Weber-Monecke

Wagenitz Dose

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 10.01.2000 - 14b O 106/99 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.11.2000 - 24 U 46/00 -