

Wohnwert – Nutzungsentschädigung

Die Nutzung des Familienheims im Unterhaltsrecht und allgemeinen Zivilrecht

— Fritz Finke, Richter am OLG Hamm

A. Wohnwert

1. Begriff und Bedeutung des Wohnwertes für die Unterhaltsberechnung

Der Wohnwert, das heißt der geldwerte Vorteil des mietfreien Wohnens, stellt eine Nutzung i.S.d. § 100 BGB dar, die als Einkommen im Unterhaltsrecht zu berücksichtigen ist, und zwar bei der Feststellung des Bedarfs, der Leistungsfähigkeit (wenn der Wohnwert dem Pflichtigen zuzurechnen ist) oder der Bedürftigkeit (wenn er dem Berechtigten zuzurechnen ist). Zu differenzieren ist dabei im Rahmen des Ehegattenunterhalts danach, ob es um den Wohnwert während des Zusammenlebens der Familie, nach der Trennung oder nach der Scheidung geht. Für den Kindesunterhalt gelten ähnliche Grundsätze, wobei ein dem Kind zugute kommender geldwerter Vorteil aus dem mietfreien Wohnen entweder als Naturalunterhalt bedarfsmindernd berücksichtigt werden kann oder allein auf Seiten des betreuenden Elternteils zusammen mit dem auf diesen und etwaige Geschwister entfallenden Wohnwert in die Unterhaltsberechnung einbezogen wird, was für die Berechnung wesentlich einfacher ist.¹ Für den sonstigen Verwandtenunterhalt sowie insbesondere den Elternunterhalt gelten wiederum Besonderheiten.²

Der für den Nutzungsvorteil anzusetzende Wohnwert entspricht grundsätzlich der Marktmiete (objektiver Wohnwert), es sei denn der in der Wohnung nach der Trennung allein oder mit Kindern verbliebene Ehegatte würde nach seinen veränderten Lebensverhältnissen (geringere Personenzahl, geringeres Einkommen) nur eine kleinere und/oder preisgünstigere Wohnung in Anspruch nehmen. Dann ist nur der **angemessene Wohnwert**, d.h. der aus Billigkeitsgründen herabgesetzte Wert in die Unterhaltsberechnung

hinsichtlich Bedarf, Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit einzustellen.³ Dieser reduzierte Wert ist auch beim Elternunterhalt maßgeblich.⁴

Eine Herabsetzung auf angemessenen Wohnwert kommt nur in Betracht, wenn keine Obliegenheit zu einer anderweitigen Nutzung oder Verwertung besteht. Dies ist in der Trennungszeit in der Regel nicht der Fall,⁵ so dass derjenige, der sich auf eine Ausnahme hiervon beruft, dies darzulegen und zu beweisen hat. Für die Zeit nach der Scheidung gilt die umgekehrte Regel. Beim Elternunterhalt wird dem unterhaltspflichtigen Kind regelmäßig keine anderweitige Nutzung und Verwertung zugemutet, im Hinblick darauf dass dieser Unterhaltsanspruch nicht nur im Hinblick auf sein Rangverhältnis zu anderen Ansprüchen schwächer ausgestaltet ist, sondern der Pflichtige auch weitergehenden Vertrauensschutz bei der Verwendung seines Einkommens und längerfristig eingegangenen Verbindlichkeiten genießt und ihm nicht zugemutet werden soll, durch Zurechnung des objektiven Mietwertes, der die nach den Einkommensverhältnissen an sich angemessenen Aufwendungen für den Wohnbedarf übersteigt, seinen sonstigen Lebensbedarf einzuschränken.⁶

Die Berechnung des Ehegattenunterhalts muss gewährleisten, dass die Differenz zwischen dem objektiven und dem angemessenen Wohnwert gleichmäßig auf die Ehegatten verteilt wird,

¹ Diese Methode wird vom BGH ausdrücklich gebilligt (BGH FamRZ 1989, 1160, 1163; 1992, 423); zwingend ist sie dagegen nicht, vgl. OLG Düsseldorf 1994, 1049, 1052.

² Hier kann in aller Regel keine anderweitige Nutzung oder Verwertung der Immobilie verlangt werden, um auf diese Weise zu einer größeren Leistungsfähigkeit zu gelangen.

³ BGH FamRZ 2000, 351, 353 sowie BGH, Urt. v. 28.3.2007 – XII ZR 21/05, in diesem Heft S. 193, 195.

⁴ BGH FamRZ 2003, 1179.

⁵ BGH FamRZ 2000, 351.

⁶ BGH FamRZ 2003, 1179.

indem dem Pflichtigen gegenüber der Unterhaltsberechnung ohne den Wohnwert ein um den hälftigen Differenzbetrag geringeres Einkommen verbleibt und der Berechtigte einen um den hälftigen Differenzbetrag geringeren Unterhalt erhält.

2. Mit dem Wohnwert verbundene Belastungen

Die Belastungen, die mit dem Wohneigentum verbunden sind, nämlich die Finanzierungskosten (Zins u. Tilgung), die Kosten, die nach § 556 BGB i.V.m. § 27 der zweiten Berechnungsverordnung im Falle der Vermietung der Wohnung nicht umlagefähig wären (z.B. Kosten für die Verwaltung und Geldverkehr),⁷ sowie notwendige Instandhaltungskosten⁸ sind vom Wohnwert abzuziehen (vom sonstigen Einkommen nur, wenn sie den Wohnwert übersteigen).

Bei der Berücksichtigung von Belastungen aus dem Wohneigentum wird teilweise versucht, zwischen Bedarf und Leistungsfähigkeit zu differenzieren. Einigkeit besteht, dass sie beim Ehegattenunterhalt uneingeschränkt beim Bedarf berücksichtigt werden, während beim Kindesbedarf und bei der Leistungsfähigkeit sowohl beim Ehegatten- als auch beim Kindesunterhalt die **Tilgungsleistungen** das Einkommen des Pflichtigen nicht mindern sollen (beim Ehegattenunterhalt jedenfalls ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags⁹, wenn das Wohneigentum im Alleineigentum des Pflichtigen steht).¹⁰ Das Argument hierfür ist, dass der Pflichtige **nicht zu Lasten des Berechtigten Vermögensbildung betreiben** soll.¹¹ Die Berechtigung einer solchen Behandlung von Tilgungsleistungen beim Unterhalt ist zumindest dann zweifelhaft, wenn sie pauschal erfolgt, worauf häufig das schlagwortartig vorgebrachte Argument der Vermögensbildung ohne Eingehen auf die Einzelumstände hinweist.

Beispiel:

M ist nach der Trennung in dem Haus geblieben, welches ihm allein gehört. Das Scheidungsverfahren ist anhängig.

Einkommen des M: 2.300 EUR, Wohnwert: 500 EUR, Hausfinanzierungskosten: 700 EUR (500 EUR Zinsen, 200 EUR Tilgung), Unterhaltsverpflichtungen gegenüber F und zwei Kindern: 1.300 EUR.

Für die Leistungsfähigkeit gilt:

a) bei Berücksichtigung der Tilgung verbleiben M 800 EUR, so dass sein Selbstbehalt, insbesondere der billige Selbstbehalt gegenüber der F unterschritten ist;

b) ohne Berücksichtigung der Tilgungsleistung (wegen der damit verbundenen Vermögensbildung) verbleiben M 1.000 EUR, so dass der billige Selbstbehalt (gegenüber der F) rein rechnerisch gewahrt ist. Tatsächlich stehen ihm aber auch in diesem Fall nur 800 EUR für seinen Lebensbedarf zur Verfügung, da die Tilgung das Einkommen mindert.

Die Unterschreitung des Selbstbehalts kann auch nicht mit dem Hinweis auf die Vermögensbildung gerechtfertigt werden, zumal das Argument, dass die F hiervon nach Rechtshängigkeit der Scheidung ausgeschlossen sei (da sie hieran nicht mehr über den Zugewinnausgleich teilnimmt), nur teilweise zutrifft. Selbstverständlich nimmt die F an den aus der Tilgung resultierenden Vorteilen insoweit teil, als ihr auch die Reduzierung der Finanzierungsbelastungen bis hin zu deren

völligen Wegfall durch die damit verbundene Erhöhung des Wohnwertes zugute kommt.

Außerdem ist der auf den gedeckten Wohnbedarf des M entfallende Betrag von 500 EUR nicht nur höher als der in dem notwendigen Selbstbehalt vorgesehene Betrag von 360 EUR (Warmmiete!), sondern auch unverhältnismäßig hoch, so dass ihm für die Deckung des sonstigen Lebensbedarfs lediglich 300 EUR verbleiben.¹² Etwas anderes gilt dann, wenn schon das Verbleiben des M in dem Haus anstelle einer zumutbaren anderen Nutzung oder Verwertung unterhaltsrechtlich nicht hinnehmbar ist und eine Obliegenheitsverletzung darstellt. Das kann indes nicht in allen Fällen einer nicht optimalen Nutzung ohne weiteres unterstellt werden, sondern bedarf einer Prüfung im Einzelfall.

Schließlich ist zu beachten, dass selbst dann, wenn man die Tilgung wegen der damit verbundenen Vermögensbildung im Rahmen des Wohnwertes nicht berücksichtigen will, immer noch zu prüfen ist, ob diese Vermögensbildung nicht im Rahmen einer angemessenen Altersvorsorge, auch in Form der sekundären Altersvorsorge zur Deckung der Versorgungslücke zwischen der gesetzlichen Rentenversicherung und einer angemessenen Altersversorgung, zu akzeptieren ist.¹³ Im

⁷ Diese Definition, die von den Oberlandesgerichten überwiegend verwendet wird und auch Eingang in verschiedene Leitlinien gefunden hat, ist enger als der vom BGH immer noch verwendete Begriff der verbrauchsunabhängigen Kosten (vgl. z.B. BGH FamRZ 2003, 1179).

⁸ Nach BGH FamRZ 2000, 351, wo eine Pauschale für solche Aufwendungen ausdrücklich abgelehnt wird, sind nur Aufwendungen für konkrete unaufschiebbar notwendige Instandhaltungsmaßnahmen, die dazu dienen, die Bewohnbarkeit des Hauses zu erhalten, und nicht etwa eine Modernisierung mit der Steigerung des Wertes der Immobilie zum Ziel haben, abzugsfähig. Sind solche Aufwendungen konkret absehbar, so soll auch die Bildung einer Rücklage akzeptiert werden. Die Übertragung dieser Grundsätze auf den Einzelfall dürfte nicht selten erheblichen Schwierigkeiten begegnen, zumal die Abgrenzung zwischen Erhaltungsmaßnahmen und Modernisierungsmaßnahmen nicht immer klar sein dürfte.

⁹ Eine solche Differenzierung will der BGH erst ab Rechtskraft der Scheidung vornehmen; vgl. BGH FamRZ 2000, 950, 952 sowie Ur. v. 28.3.2007 – XII ZR 21/05, in diesem Heft S. 193, 196.

¹⁰ Beim Elternunterhalt sind nach BGH FamRZ 2003, 1179 die Tilgungsleistungen jedenfalls dann einkommensmindernd zu berücksichtigen, wenn die Darlehensverbindlichkeit vor dem Bekanntwerden der konkreten Unterhaltsbedürftigkeit der Eltern eingegangen worden ist.

¹¹ Für den umgekehrten Fall, dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte Alleineigentümer der Immobilie ist, hat der BGH jetzt mit Ur. v. 28.3.2007 – XII ZR 21/05 (in diesem Heft S. 193, 196) entschieden, dass die daraus herrührenden Belastungen, die den Bedarf in der Trennungszeit in vollem Umfang prägen, im Rahmen der Bedürftigkeit nur bis zur Höhe des – angemessenen – Wohnwertes zuzüglich des sonstigen Eigeneinkommens des Berechtigten berücksichtigt, d.h. von dem Einkommen des Berechtigten (einschließlich Wohnvorteil) abgezogen werden können.

¹² Aus diesem Grund ist in BVerfG FamRZ 2002, 1397 eine familiengerichtliche Entscheidung beanstandet und aufgehoben worden. Eine vergleichbare Problematik ist in BVerfG FamRZ 2001, 1685 für den Fall gesehen worden, dass dem Pflichtigen zwar rechnerisch der notwendige Selbstbehalt verblieb, hierin jedoch ein relativ hoher Betrag enthalten war, der ihm als Einkommen für die Nutzungsmöglichkeit eines Firmenwagens angerechnet worden war, so dass der restliche Betrag des Selbstbehalts nicht ausreichte, um den weiteren notdürftigen Lebensbedarf zu decken.

¹³ Hierauf weist der BGH in seiner jüngsten Entscheidung v. 28.3.2007 – XII ZR 21/05 (in diesem Heft S. 193, 196) hin.

Ergebnis kann das Argument der Vermögensbildung im Rahmen der Leistungsfähigkeit nur dann Bedeutung gewinnen, wenn es darum geht, ob dem Pflichtigen die Unterschreitung seines über den pauschalen Selbstbehaltssätzen liegenden konkreten angemessenen Unterhalts zugemutet werden kann, um seiner Unterhaltspflicht genügen zu können. Wird die Leistungsfähigkeit dagegen wie in der Praxis fast ausschließlich auf der Selbstbehaltsebene erörtert,¹⁴ so ist zu beachten, dass der Selbsthalt effektiv unterschritten wird.

3. Berücksichtigung von Verbindlichkeiten in Unterhalt und Zugewinn

Beispiel:

Haus (= Ehwohnung) im Alleineigentum des M.	
Verkehrswert des Hauses bei Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages:	200.000 EUR
bestehende Belastungen hierauf:	60.000 EUR
Wohnwert:	700 EUR
Einkommen des M:	mtl. 2.100 EUR
Zahlungen des M. auf Hausbelastungen:	mtl. 600 EUR,
davon 300 EUR Tilgungen u. 300 EUR Zinsen	

a) bislang übliche Berechnungsweise:

Zugewinn:

	200.000 EUR
	./. 60.000 EUR
	<u>140.000 EUR</u>
Ausgleichsanspruch der F	$\frac{1}{2} = 70.000 \text{ EUR}$

Unterhalt:

Einkommen des M	2.100 EUR
Belastungen aus der Hausfinanzierung	./. 600 EUR
Wohnwert	+ 700 EUR
	<u>2.200 EUR</u>

Bedarf/Anspruch der F $\frac{1}{2} = 1.100 \text{ EUR}$

Es kommt noch in Betracht, die von F aus der Zugewinnausgleichszahlung von 70.000 EUR erzielten bzw. bei obligationsmäßiger Anlage erzielbaren Einkünfte bedarfsdeckend zu berücksichtigen.¹⁵

Dagegen sind sie nicht bedarfsprägend, da die ehelichen Lebensverhältnisse durch solche Einkünfte nicht geprägt worden sind und auch der Surrogatsgedanke nicht durchgreift. Die ursprüngliche Substanz – das Haus – ist nämlich noch vorhanden und wirkt sich mit der Zurechnung des vollen Wohnwertes auf die Höhe des Bedarfs aus.

Geht man von erzielbaren Zinsen von 3 % aus, so bedeutet dies, dass sich die F 175 EUR auf ihren Bedarf anrechnen lassen muss. Es verbleibt ein Anspruch von 925 EUR.

b) Alternative Berechnung des Unterhalts nach den Grundsätzen der **Theorie des „Verbots der Doppelverwertung“** von Vermögens-/Einkommenspositionen im Unterhalt und Güterrecht.¹⁶ Nach dieser Auffassung ist nur die Zinsbelastung für die Hausfinanzierung in die Unterhaltsberechnung einzubeziehen, und zwar sowohl beim Bedarf als auch bei Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit, während der Tilgungsanteil unberücksichtigt bleibt, weil mit ihm eine Verbindlichkeit zurückgeführt wird, die bereits im Zugewinn berücksichtigt worden ist und dort den Ausgleichsanspruch gemindert hat.

Einkommen des M	2.100 EUR
Zinsen zur Hausfinanzierung	./. 300 EUR
Wohnwert	+ 700 EUR
	<u>2.500 EUR</u>

Bedarf/Anspruch der F $\frac{1}{2} = 1.250 \text{ EUR}$

Zahlt M an F 1.250 EUR, so verbleiben ihm 850 EUR, von denen er 600 EUR für das Haus aufwenden muss, so dass ihm nur 250 EUR für seinen sonstigen Lebensunterhalt verbleiben.

Außerdem muss M noch die Zugewinnausgleichszahlung an F finanzieren, soweit er nicht über nicht ausgleichspflichtiges sonstiges Vermögen verfügt.

Die F hat auf Grund der Trennung/Scheidung einen höheren Bedarf als während des ehelichen Zusammenlebens (1.250 EUR statt 1.100 EUR).

Die hier aufgezeigte Methode kann trotz der wie ein Dogma lautenden Bezeichnung „Verbot der Doppelverwertung“ nicht in Anspruch nehmen, allgemein Geltung zu haben.¹⁷ Insbesondere der BGH hat ihr nach seiner Entscheidung zur Berücksichtigung einer arbeitsrechtlichen Abfindung¹⁸ im Zugewinn und beim nahehelichen Unterhalt, die der Ausgangspunkt für die Argumentation für einen allgemeinen Ausschluss einer doppelten Berücksichtigung auch von Verbindlichkeiten gewesen ist, für den hier vorliegenden Fall ausdrücklich widersprochen.¹⁹

c) **Veräußert M die Immobilie** nach dem Stichtag (für den Zugewinn) und verbleiben ihm nach Abzug der Belastungen für das Haus 140.000 EUR, von denen er 70.000 EUR an die F als Zugewinnausgleich zahlt, so ergibt sich folgende Unterhaltsberechnung:

¹⁴ Die in der Grundsatzentscheidung BGH FamRZ 1990, 260 zu § 1581 BGB vorgenommene Differenzierung, wobei bereits die Unterschreitung des konkreten eheangemessenen Unterhalts einer Rechtfertigung im Rahmen der vorzunehmenden Billigkeitsabwägung bedarf und nur unter zusätzlichen Voraussetzungen eine Inanspruchnahme des Pflichtigen bis zur Grenze des pauschalierten angemessenen oder sogar notwendigen Selbsthalts in Betracht kommt, hat in der Praxis kaum zu einer entsprechend differenzierenden Behandlung der Frage der Leistungsfähigkeit geführt, weil dies offensichtlich als zu umständlich empfunden worden ist, zumal solche Abwägungen sich nicht für Berechnungsprogramme eignen.

¹⁵ Im Fall des OLG München FamRZ 2005, 459, der nachfolgend unter b) erörtert wird, war der Betrag, den die F durch den Zugewinnausgleich erhalten hatte, zur Deckung von Anwaltskosten und sonstiger Schulden verbraucht worden. Dies war nach Auffassung des OLG unterhaltsrechtlich nicht zu beanstanden. Somit hat sich die Frage der Anrechnung von erzielbaren Einkünften aus diesem Vermögen nicht gestellt.

¹⁶ OLG München FamRZ 2005, 459; *Gerhardt/Schulz*, FamRZ 2005, 757 sowie 2005, 713; *Koch*, FamRZ 2005, 845; *Kogel*, FamRZ 2004, 1614 sowie 2005, 90; *Schröder*, FamRZ 2005, 89; *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1353.

¹⁷ Dagegen ausgesprochen haben sich zuletzt *Hermes*, FamRZ 2007, 184 ff.; *Wohlgemuth*, FamRZ 2007, 187 f. und *Graba*, FamRZ 2006, 821, 828.

¹⁸ BGH FamRZ 2003, 432.

¹⁹ BGH FamRZ 2003, 1544: „Ebenso kann sich der ausgleichsberechtigte Ehegatte gegen die Berücksichtigung am Stichtag noch bestehender Verbindlichkeiten des Ausgleichspflichtigen bei dessen Endvermögen nicht mit der Begründung wehren, er habe wegen dieser Verbindlichkeiten bereits eine Reduzierung seines Unterhaltsanspruchs hinnehmen müssen. Denn ein etwaiger Einfluss der Schuldenlast auf die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit hat mit dem Vermögensausgleich des § 1378 BGB nichts zu tun (BGH NJW-RR 1986, 1325).“

Einkommen M	2.100 EUR
Zinsen aus 70.000 EUR Hauserlös (3 % p.a.)	+ 175 EUR
Zinsen aus 70.000 EUR Zugewinnausgleich	+ 175 EUR
2.450 EUR Bedarf der F	$\frac{1}{2} = 1.225$ EUR
Zinseinkommen der F	$\frac{1}{2} = 175$ EUR
Anspruch der F	1.050 EUR

Das Argument für die unter b) aufgezeigte Berechnung ist, die F werde bei der herkömmlichen Unterhaltsberechnung zweimal an den Schulden des M beteiligt, nämlich zum einen durch die Verkürzung des Zugewinnausgleichsanspruchs um 30.000 EUR u. zum anderen durch die Kürzung ihres Unterhalts um die Hälfte (3/7 bzw. 4/10) der Tilgungsrate. Dies ist zumindest im vorliegenden Fall so nicht zutreffend. Die F partizipiert nämlich durch die Zurechnung eines Wohnwertes von 700 EUR an den bisher von M aufgebrachten Finanzierungsleistungen, obwohl das hierdurch entstandene Vermögen auf Grund des Zugewinnausgleichs zugunsten der F bereits ausgeglichen ist. Dem M sind mit dem Haus wertmäßig 70.000 EUR (200.000 EUR \cdot 60.000 EUR Belastungen \cdot 70.000 EUR Zugewinnausgleichszahlung) in seinem Vermögen verblieben. Die Nutzungen in Form des Wohnwertes zieht er aus einem Haus, welches als solches, d.h. ohne Berücksichtigung der Vermögensauseinandersetzung, einen Wert von 140.000 EUR (200.000 EUR \cdot 60.000 EUR Schulden) hat. Müsste er z.B. das Haus erneut beleihen, um die 70.000 EUR Zugewinnausgleichszahlung an F, die letztlich aus der Immobilie resultiert, zu finanzieren, so würde die hierauf entfallende Zinsbelastung den Wohnwert vermindern.²⁰ Werden die (bisherigen und evtl. durch die Zugewinnausgleichszahlung bedingte zusätzliche) Tilgungen im Laufe der Zeit geringer oder fallen sie schließlich ganz weg, so nimmt die F nach der Rechtsprechung des BGH auch hieran teil, indem der hierdurch bedingte höhere Wohnwert in die Bedarfsberechnung eingestellt wird.²¹ Sie partizipiert auf diese Weise auch an den weiteren Tilgungsleistungen des M. Das gilt im Übrigen auch für die allein auf Grund zunehmender Tilgung geringer werdenden Zinslasten. Die F würde sich also bei einer Veräußerung der Immobilie zumindest unter den vorliegend gegebenen Umständen unterhaltsrechtlich im Ergebnis schlechter stehen als bei einem Verbleib des M in der Wohnung.

4. Das Schicksal des Wohnwertes bei Veräußerung des Familienheimes nach Trennung und Scheidung

a) Veräußerung an einen Dritten

Eine Besonderheit ergibt sich im Falle der Veräußerung des Familienheimes nach Trennung/Scheidung. Schon immer war klar, dass sich der Wohnwert an der aus dem Erlös tatsächlich erzielten Rendite oder bei pflichtgemäßer Anlage erzielbaren Rendite fortsetzte. Es gilt hier also der Surrogatsgedanke.²² Es besteht keine Verpflichtung zu einer bestimmten Anlage oder Verwendung des Kapitals. Vielmehr ist ein Handlungsspielraum für den Anlegenden nach den konkreten Umständen des

Einzelfalles gegeben, ob er z.B. auf eine kurzfristig oder erst längerfristig erzielbare Rendite (etwa notwendige Altersvorsorge²³) abstellt oder u.U. das Geld ganz oder teilweise für andere Zwecke, die nicht zu einer Rendite (z.B. Schuldentilgung, Deckung trennungsbedingten Mehrbedarfs) oder nur zu einem geringem Ertrag führen, verwenden darf. Die fiktive Zurechnung einer Rendite aus dem Veräußerungserlös setzt die Verletzung einer unterhaltsrechtlichen Obliegenheit²⁴ voraus.

Beim Ehegattenunterhalt muss die in der Vergangenheit erfolgte Verwendung des Erlöses ohne Ertrag oder mit einer nur geringen Rendite vorwerfbar i.S.d. § 1579 Nr. 3 BGB sein (die Bestimmung gilt für Verwendung des Erlöses durch den Berechtigten unmittelbar, für den Pflichtigen gilt im Sinne einer Gleichbehandlung der darin enthaltene Rechtsgedanke über § 242 BGB). Allerdings bestand zunächst lange Zeit Übereinstimmung, dass die Erlösrendite den Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen gem. § 1578 BGB als Surrogat den Wohnwert nur bis zu der Höhe ersetzen konnte, wie er am Ende der Ehezeit bestand. Konsequenz hieraus war, dass der den Wohnwert übersteigende Teil einer Erlösrendite beim Bedarf unberücksichtigt blieb und lediglich bei der Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit Bedeutung hatte. Die ausschließlich bedarfsdeckende Berücksichtigung dieses überschießenden Ertrages aus dem Erlös auf Seiten des Berechtigten führte i.d.R. zu einer Bevorteilung des Pflichtigen, dem bei früherem Miteigentum an der veräußerten Immobilie nicht nur der den Wohnwert übersteigende Anteil seiner Erlösrendite anrechnungsfrei verblieb, sondern auch noch der Betrag, um den der

²⁰ Im Falle des Erwerbs des Miteigentumsanteils des einen Ehegatten durch den anderen rechnet der BGH den vollen Wohnwert zu und zieht die Zinsen zur Finanzierung des Miteigentumserwerbs neben den eheprägenden Belastungen (Zins u. Tilgung zur Finanzierung der Immobilie durch beide Ehegatten) hiervon ab; vgl. hierzu nachfolgend unter 4. b).

²¹ Begleitet M die Zugewinnforderung der F aus seinem Vermögen, dessen Erträge bislang nicht zur Deckung des Lebensbedarfs eingesetzt worden sind, so kann nichts anderes gelten, da der dann höhere Wohnvorteil aus dem Einsatz von Vermögen und dem Verzicht auf die bisher hieraus erzielten Einkünfte resultiert und die F hieran beteiligt wird, obwohl der Einsatz solcher Mittel die ehelichen Lebensverhältnisse nicht geprägt hat.

²² Der Surrogatsgedanke wurde in diesem Zusammenhang erstmals in der Entscheidung BGH FamRZ 2001, 1140 (Urt. v. 3.5.2001), d.h. noch vor der Grundsatzentscheidung zur Anrechnungsmethode vom 13.6.2001, BGH FamRZ 2001, 986, angesprochen.

²³ Dies gilt auch für die sog. sekundäre Altersvorsorge zur Abdeckung einer Versorgungslücke auf Grund der Reduzierung der Leistungen in der gesetzlichen Rentenversicherung und der Beamtenversorgung.

²⁴ BGH FamRZ 1998, 87: Eine anderweitige Vermögensanlage kann erst dann gefordert werden, wenn die tatsächliche Anlage eindeutig unwirtschaftlich ist. Die teilweise recht großzügige Behandlung des Verbrauchs größerer Beträge aus dem Erlösanteil auf Seiten des Unterhaltsberechtigten (Aufwendungen für Umzug, Renovierung und Neuanschaffungen, privater Nachholbedarf) durch den BGH ist auf der Grundlage der nachfolgend dargestellten früheren Rechtsprechung erfolgt, die bei einem die Aufwendungen nicht oder nur unwesentlich übersteigenden Wohnwert zur weitgehenden Anwendung der Anrechnungsmethode auf die Einkünfte aus dem Erlösanteil des Unterhaltsberechtigten führte. Der BGH hat diese Großzügigkeit bei der Verwendung des Kapitals mehrfach damit begründet, dass dem Pflichtigen ein gleich großer Betrag zur Verfügung stehe, ohne dass er beim Unterhalt berücksichtigt werde. Diese Argumentation trifft auf Grund der Änderung der Rechtsprechung jetzt nicht mehr zu.

Anspruch des Berechtigten durch die insoweit praktizierte Anrechnungsmethode gemindert wurde.

Der BGH hat diese Rechtsprechung, die er trotz des z.T. als äußerst unbillig empfundenen Ergebnisses bis zum Jahr 2001 aufrechterhalten hat, aufgegeben²⁵ mit der Maßgabe, dass sich der Bedarf nach § 1578 BGB nach der – gegebenenfalls von beiden Ehegatten – nach der Veräußerung erzielten Rendite aus dem Verkaufserlös (nach Abzug der Belastungen und sonstigen berücksichtigungsfähigen Abzüge) oder der bei pflichtgemäßer Anlage erzielbaren Rendite bestimme. Danach ist die Erlösrendite das Surrogat des Wohnwertes, ohne dass eine Begrenzung nach oben durch den früheren Wohnwert stattfindet.

Die immer wieder von der Rechtsprechung der Instanzgerichte unternommenen Versuche, die Erlösrendite mit Rücksicht darauf, dass beide Ehegatten den gleichen Erlösanteil erhalten hatten, als sich gegeneinander aufhebend bei der Unterhaltsberechnung außer Betracht zu lassen, hat der BGH mehrfach ausdrücklich verworfen mit dem Argument, in die Unterhaltsberechnung seien ausschließlich die tatsächlich erzielten Einkünfte aus dem Erlös und erst im Falle eines Obliegenheitsverstößes fiktive Einkünfte einzustellen, so dass es nicht angehe, sofort fiktiv von gleich hohen Einkünften beider Ehegatten auszugehen.

Beispiel:

Unterhaltsberechnung bei Veräußerung der Immobilie an einen Dritten

Einkommen des M	2.000 EUR
Einkommen der F	600 EUR

eheprägender geldwerter Wohnvorteil ist ohne Bedeutung für den Bedarf, da nicht mehr vorhanden. An seine Stelle sind als **Surrogat** die Einkünfte getreten, die aus dem jeweiligen Anteil am Verkaufserlös erzielt werden bzw. bei obligationsmäßiger Anlage hätten erzielt werden können.

zzgl. tatsächlich erzielte oder fiktiv zuzurechnende **Zinseinkünfte des M** aus dem Erlös seines Miteigentumsanteils $40.000 \text{ EUR} \times 3 \% : 12 + 100 \text{ EUR}$

zzgl. tatsächlich erzielte oder fiktiv zuzurechnende **Zinseinkünfte der F** aus dem Erlös ihres Miteigentumsanteils $40.000 \text{ EUR} \times 3 \% : 12 + 100 \text{ EUR}$

Gesamtbedarf

Bedarf der F $\frac{1}{2} = 1.400 \text{ EUR}$
abzgl. Einkommen der F $\therefore 600 \text{ EUR}$

abzgl. tatsächlich erzielte oder fiktiv zuzurechnende Zinseinkünfte der F aus ihrem Hauserlösanteil $40.000 \text{ EUR} \times 3 \% : 12 \therefore 100 \text{ EUR}$

ungedeckter Bedarf / Unterhaltsanspruch der F 700 EUR

Gesamtergebnis:

M hat insgesamt: 2.000 EUR + 100 EUR Zinsen aus dem Verkaufserlös $\therefore 700 \text{ EUR}$ Unterhalt für F $= 1.400 \text{ EUR}$

F hat insgesamt: 600 EUR + 100 EUR Zinseink. + 700 EUR Unterhalt $= 1.400 \text{ EUR}$

b) Veräußerung des Miteigentumsanteils eines Ehegatten an den anderen Ehegatten

Ein Sonderproblem des Wohnwertes beim Ehegattenunterhalt stellen die nicht seltenen Fälle der Veräußerung des Miteigentumsanteils eines Ehegatten an der Ehwohnung an den anderen Ehegatten, der danach die Immobilie allein nutzt, dar.

Der Auffassung, die Eheleute dürften in diesem Fall nicht besser und nicht schlechter gestellt werden als bei einer Veräußerung der gesamten Immobilie an einen Dritten, so dass die Unterhaltsberechnung wie vorstehend dargestellt zu erfolgen habe, ist der BGH²⁶ wiederum mit dem Argument entgegengetreten, es komme ausschließlich auf die tatsächlich erzielten Einkünfte beider Ehegatten an, die weder ganz noch teilweise durch das Abstellen auf fiktive Einkünfte ersetzt werden könnten, soweit nicht die unterhaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Zurechnung fiktiver Einkünfte vorlägen. Auf Seiten des veräußernden Ehegatten soll die tatsächlich erzielte bzw. bei obligater Anlage erzielbare Rendite aus dem Verkaufserlös bedarfsprägend und bedarfsdeckend berücksichtigt werden, während auf Seiten des erwerbenden Ehegatten der volle Wohnwert abzüglich der bereits vorher bestehenden Belastungen (aus Finanzierung, und zwar Zins und Tilgung, aus den weiteren berücksichtigungsfähigen Aufwendungen für die Immobilie) sowie abzüglich einer evtl. Zinsbelastung aus der Finanzierung des Erwerbs des Miteigentumsanteils vom anderen Ehegatten. Die Tilgung für diese neu hinzugekommene Finanzierungslast aus dem Erwerb des Miteigentumsanteils soll mit dem Argument, es handele sich hier um eine Vermögensbildung, die nur dem Pflichtigen zugute komme und im Falle der Kürzung des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens um diese Verbindlichkeit dazu führe, dass die Vermögensbildung zu Lasten des Unterhaltsberechtigten erfolge, unberücksichtigt bleiben.²⁷

Beispiele:

(1) Veräußerung des Miteigentumsanteils von F auf M

gegen Zahlung von	40.000 EUR
Wohnwert:	mtl. 750 EUR
Belastungen:	mtl. 500 EUR

Einkommen des M	2.000 EUR
Einkommen der F	600 EUR

zzgl. **eheprägender geldwerter Wohnvorteil**, d.h. der die bisherigen Aufwendungen für Finanzierung und umlagefähige Grundstückskosten übersteigende **volle Wohnwert** = 750 EUR $\therefore 500 \text{ EUR}$, der von M genutzt wird: $+ 250 \text{ EUR}$

abzgl. **Zinsaufwendungen des M für die Finanzierung des Erwerbs des Miteigentumsanteils der F**

$40.000 \text{ EUR} \times 6 \% : 12 \therefore 200 \text{ EUR}$
zzgl. tatsächlich erzielte oder fiktiv zuzurechnende

Zinseinkünfte der F aus dem Erlös ihres Miteigentumsanteils $40.000 \text{ EUR} \times 3 \% : 12 + 100 \text{ EUR}$

Gesamtbedarf 2.750 EUR

Bedarf der F $\frac{1}{2} = 1.375 \text{ EUR}$
abzgl. Einkommen der F 600 EUR

abzgl. tatsächlich erzielte oder fiktiv zuzurechnende Zinseinkünfte der F aus ihrem Hauserlösanteil $40.000 \text{ EUR} \times 3 \% : 12 \therefore 100 \text{ EUR}$

ungedeckter Bedarf / Unterhaltsanspruch der F 675 EUR

²⁵ BGH FamRZ 2002, 88.

²⁶ BGH FamRZ 2005, 1159.

²⁷ BGH FamRZ 2005, 1159; 2006, 387. Die nachfolgenden Beispiele machen deutlich, dass dies in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend ist.

Gesamtergebnis:

M hat insgesamt: 2.000 EUR + 750 EUR Wohnvorteil ./ 500 EUR Hausbelastungen ./ 200 EUR Zinsen auf zusätzliche Finanzierungskosten (Miteigentumsanteil der F) **./ 100 EUR**
Tilgung hierauf ./ 675 EUR Unterhalt für F **= 1.275 EUR**
 oder anders ausgedrückt: 525 EUR + freies Wohnen
 F hat insgesamt: 600 EUR + 100 EUR Zinseink. (evtl. fiktiv)
 + 675 EUR Unterhalt **= 1.375 EUR**,
 das sind 25 EUR weniger als bei einer Veräußerung der Immobilie an einen Dritten

Dies ist kein Verstoß gegen den Halbteilungsgrundsatz, wenn man berücksichtigt, dass bei M die Tilgung des Kredites zur Finanzierung des Erwerbs des Miteigentumsanteils der F unterhaltsrechtlich außer Ansatz bleibt.

Aber möglicherweise ist eine Korrektur erforderlich wegen des unverhältnismäßig hohen Wohnkostenanteils bei der Deckung des Bedarfs des M und eines relativ geringen Resteinkommens für den übrigen Bedarf.

(2) Wandelt man das vorstehende Beispiel dahin ab, dass die Hauslasten statt mtl. 500 EUR nur 250 EUR betragen, so führt dies zu einem Nettowohnvorteil von 500 EUR statt 250 EUR und zu einem um 125 EUR höheren Bedarf bzw. Anspruch der F.

Es ergibt sich folgendes **Gesamtergebnis:**

M hat insgesamt: 2.000 EUR + 750 EUR Wohnvorteil ./ 250 EUR Hausbelastungen ./ 200 EUR Zinsen auf zusätzliche Finanzierungskosten (Miteigentumsanteil der F) **./ 100 EUR**
Tilgung hierauf ./ 800 EUR Unterhalt für F **= 1.400 EUR**
 oder anders ausgedrückt: 650 EUR + freies Wohnen
 F hat insgesamt: 600 EUR + 100 EUR Zinseink.
 (evtl. fiktiv) + 800 EUR Unterhalt **= 1.500 EUR**,
 das sind 100 EUR mehr als bei Veräußerung der Immobilie an einen Dritten²⁸

(3) Geht man schließlich in Abwandlung des Beispiels (2) davon aus, dass M den Miteigentumsanteil der F aus eigenen Mitteln erworben hat, so wirkt sich der Wegfall der Zinsbelastung von mtl. 200 EUR zur Finanzierung des Erwerbs des Miteigentums mit einer Erhöhung des Bedarfs der F bzw. ihres Anspruchs um weitere 100 EUR aus.

Es ergibt sich folgendes **Gesamtergebnis:**

M hat insgesamt: 2.000 EUR + 750 EUR Wohnvorteil ./ 250 EUR Hausbelastungen ./ 900 EUR Unterhalt für F **= 1.600 EUR**
 oder anders ausgedrückt: 850 EUR + freies Wohnen
 F hat insgesamt: 600 EUR + 100 EUR Zinseink. (evtl. fiktiv)
 + 900 EUR Unterhalt **= 1.600 EUR**,
 das sind 200 EUR mehr als bei Veräußerung der Immobilie an einen Dritten²⁹

Die Beispiele, die im konkreten Fall noch wesentlich komplexer und dadurch unübersichtlicher sind, zeigen, dass die unterhaltsrechtliche Behandlung von Fällen des Miteigentumserwerbs vom Ehegatten gegenüber der gemeinsamen Veräußerung der Immobilie an einen Dritten für den erwerbenden Ehegatten nachteilig ist, wenn der ihm zugerechnete Wohnwert abzüglich der Hauslasten sowie der zusätzlichen Kosten für den Erwerb des Miteigentumsanteils höher ist als die von dem veräußernden Ehegatten erzielte Rendite aus dem erhaltenen Erlös. Ob dies so ist, kann im Einzelfall von vornherein nur äußerst schwer oder u.U. überhaupt nicht abgeschätzt werden, da hierzu insbesondere bekannt sein muss, wie der andere Ehegatte den erhaltenen Erlös verwendet und wie dies im Streitfall rechtlich zu bewerten wäre (Obliegenheitsverletzung?). Zum anderen sind die Änderungen in der Zukunft nicht sicher vorhersehbar (Erhöhung des

Wohnwertes, Reduzierung der Lasten einerseits und evtl. berechnete Ausgabe des Veräußerungserlöses oder Verringerung der Rendite andererseits).

Als Ausweg bietet es sich an, bei der Veräußerung des Miteigentumsanteils eine **Vereinbarung** zu treffen, dass sowohl der Wohnwert und die damit zusammenhängenden Belastungen auf der einen Seite als auch die Einkünfte aus dem Erlösanteil auf der anderen Seite bei der Unterhaltsberechnung außer Betracht bleiben. Eine solche Lösung wird erfahrungsgemäß von den Beteiligten eher verstanden und als gerecht angesehen als die selbst für Juristen schwer nachvollziehbare Lösung des BGH.

Die Lösung des BGH mag vom dogmatischen Ansatz her richtig sein, sie begegnet aber dort Bedenken, wo sie zu einem höheren Bedarf als in der Ehe und im Falle der Veräußerung der Immobilie an einen Dritten führt. Bedenklich erscheint auch, dass der Surrogatsgedanke angewendet wird, obwohl die Immobilie mit dem vollen Wohnwert angesetzt wird, so dass in die Berechnung neben dem zumindest teilweisen Surrogat auch das Substrat (an dessen Stelle das Surrogat treten soll) einbezogen wird.³⁰

Folgt man dem BGH darin, dass der volle Wohnwert auf Seiten des übernehmenden Ehegatten anzusetzen ist, so muss ihm grundsätzlich gestattet werden, die mit dem Erwerb des Miteigentumsanteils verbundenen Aufwendungen als Verbindlichkeit in vollem Umfang abzusetzen, da er nur hierdurch in der Lage ist, den vollen Wohnwert als Nutzung i.S.d. § 100 BGB zu erhalten. Die Argumentation, die Tilgungsbelastung sei hiervon auszunehmen, weil sie dem Vermögenserwerb diene, der durch den dadurch verringerten Unterhaltsanspruch zu Lasten des unterhaltsberechtigten Ehegatten gehe, ist jedenfalls dann unzutreffend, wenn sich wie in den beiden Abwandlungen des vorstehenden Beispiels kein geringerer oder sogar noch ein höherer Unterhaltsanspruch des veräußernden Ehegatten ergibt als im Fall der Veräußerung des Miteigentumsanteils an einen Dritten. Demgegenüber überzeugt das Argument, der Erwerber des Miteigentumsanteils habe diese Situation herbeigeführt und könne sie jederzeit durch eine Veräußerung der Immobilie verändern, nicht, da es nicht darum geht, den unterhaltsberechtigten Ehegatten gegenüber den Verhältnissen in der Ehe schlechter zu stellen, sondern eine Erhöhung des Bedarfs auf Grund von Umständen, die mit den ehelichen Lebensverhältnissen nichts zu tun haben, auszuschließen. Im Übrigen ist bereits oben dargelegt worden, dass der Unterhalts-

²⁸ Soweit wie im Beispiel 4. a beide den gleichen Erlösanteil erhalten und den gleichen Betrag mit der gleichen Rendite anlegen oder investieren. In der Praxis ergibt sich häufig eine Abweichung von diesem Ergebnis, dass ein Ehegatte ohne Verstoß gegen seine unterhaltsrechtlichen Obliegenheiten einen größeren Teil des Kapitals für andere Zwecke verbraucht oder nur eine niedrigere Rendite erzielt hat.

²⁹ Vgl. hierzu die vorstehende Fn.

³⁰ Auf diese Unstimmigkeit des Ansatzes des BGH weist mit Recht *Graba*, FamRZ 2006, 821, 827 hin.

berechtigte auch ohne einen güterrechtlichen oder sonstigen Ausgleich des Vermögens auf Seiten des Pflichtigen Vorteile aus den Tilgungszahlungen und dem damit verbundenen Vermögenszuwachs insoweit hat, als die Finanzierungsbelastungen insgesamt geringer werden bis hin zu ihrem vollständigen Wegfall.

B. Nutzungsentgelt

Ein Ausgleich zwischen den Ehegatten wegen der Nutzung und der Finanzierung der Ehwohnung ist unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten möglich. Wird allerdings der geldwerte Wohnvorteil bereits bei der Unterhaltsbemessung berücksichtigt, so ist daneben die Geltendmachung eines Nutzungsentgelts ebenso wenig möglich³¹ wie die Geltendmachung von gesamtschuldnerischen Ausgleichsansprüchen nach § 426 Abs. 1 BGB.³²

Hat dagegen eine solche Berücksichtigung nicht stattgefunden, so kommen folgende Anspruchsgrundlagen in Betracht:

I. §§ 987, 988 BGB – bei Alleineigentum eines Ehegatten

Für Nutzungen bis zur Rechtskraft der Scheidung: Die §§ 987, 988 BGB sind nicht anwendbar, da bis zur Rechtskraft der Scheidung Recht zum Besitz des Nichteigentümer-Ehegatten aus § 1353 BGB.

Nach Rechtskraft der Scheidung: Hier ist auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht klar, ob sich die Regelung der Rechtsverhältnisse bzgl. Ehwohnung und Hausrat ausschließlich nach der HausVO als *lex specialis* bestimmt³³ oder ob weiterhin der Vorrang der HausVO nur für Herausgabeansprüche, nicht dagegen für Nutzungsentgeltansprüche gilt.³⁴

II. § 1361b Abs. 3 S. 2 BGB – bei Allein- oder Miteigentum

Diese Bestimmung erfasst nur Nutzungen bis zur Rechtskraft der Scheidung. Voraussetzung ist allein die Überlassung der Ehwohnung an den anderen Ehegatten. Die Höhe des Nutzungsentgelts ist nach Billigkeit zu bestimmen. Dabei kann der Aspekt des „toten Kapitals“ auf Grund der trennungsbedingt geänderten Nutzung berücksichtigt werden, so dass im Ergebnis der objektive Mietwert unterschritten werden kann.

§ 1361b Abs. 3 S. 2 BGB ist im Zuge des GewSchG an die Stelle des früheren § 1361b Abs. 2 BGB getreten. Konnte nach der alten Gesetzesfassung bei strikter Befolgung des Wortlautes der Vorschrift nur der zur Überlassung der Wohnung Verpflichtete ein Nutzungsentgelt von dem in der Wohnung verbliebenen Ehegatten verlangen,³⁵ heißt es jetzt als Voraussetzung nur noch: „*Wurde einem Ehegatten die Wohnung ganz oder z.T. überlassen*“, d.h. es kommt nicht mehr darauf an, aus welchem Grund die Wohnung überlassen

wurde, und insbesondere nicht darauf, ob hierzu eine Verpflichtung bestand. Auch wenn die Gesetzesmaterialien den Anschein erwecken könnten, an der früheren Rechtslage habe nichts geändert werden sollen,³⁶ spricht der eindeutige Wortlaut der jetzigen Bestimmung dafür, dass das Anknüpfen des Entgeltanspruchs an eine Verpflichtung zur Überlassung der Wohnung (nach § 1361b Abs. 1 BGB a.F.) aufgegeben worden ist und hierunter nunmehr sämtliche Sachverhalte fallen, in denen die Ehwohnung dem anderen Ehegatten während der Trennungszeit zur alleinigen Nutzung überlassen worden ist, gleich aus welchen Gründen und unabhängig davon, ob an der Wohnung Alleineigentum eines Ehegatten oder Miteigentum beider Ehegatten besteht. Die bisher äußerst kontroverse und unübersichtliche Auseinandersetzung um eine analoge Anwendung des § 1361b Abs. 2 BGB a.F.³⁷ und die Frage, ob hierin eine die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen ausschließende Spezialregelung zu sehen ist, dürfte sich damit erledigt haben.³⁸ Folgt man dieser Auffassung nicht, so kann

³¹ BGH FamRZ 1986, 434, 436.

³² *Huber*, FamRZ 2000, 129. Die Rechtsprechung sieht in der unterhaltsrechtlichen Berücksichtigung von gesamtschuldnerischen Verbindlichkeiten einen Umstand, der eine andere Bestimmung i.S.d. § 426 Abs. 1 BGB begründet: BGH FamRZ 1995, 216, 218; OLG Köln FamRZ 1994, 961; OLG München NJW-RR 1990, 1414. Überzogen erscheint es indessen, daneben einen restlichen Ausgleich nach § 426 BGB in Höhe von 1/14 bzw. 1/20 zuzulassen, wenn durch die Unterhaltsquote nicht exakt eine hälftige Aufteilung der Verbindlichkeit erfolgt ist; vgl. hierzu OLG Köln FamRZ 1991, 1192.

³³ BGH FamRZ 1976, 691.

³⁴ BGH FamRZ 1986, 436.

³⁵ § 1361b Abs. 2 BGB a.F. wurde von der überwiegenden Rechtsprechung über seinen Wortlaut hinaus auch dann entsprechend angewendet, wenn ein Ehegatte ohne eine Verpflichtung freiwillig dem anderen die Ehwohnung zur alleinigen Nutzung überlassen hatte.

³⁶ BT-Drucks. 14/5429 S. 33: „Satz 2 entspricht inhaltlich unverändert dem in Absatz 2 normierten Anspruch des überlassungspflichtigen Ehegatten auf eine Vergütung für die Benutzung der Wohnung, soweit dies der Billigkeit entspricht.“

³⁷ Zum Meinungsstand vgl. *Huber*, FamRZ 2000, 129 sowie OLG Hamburg FamRZ 2001, 45; OLG Braunschweig FamRZ 1996, 548; OLG Frankfurt FamRZ 1992, 677, 678; OLG Schleswig FamRZ 1988, 722; MüKo/Müller-Gindullis, § 1361b Rn 14; *Staudinger/Hübner*, § 1361b Rn 24; *Soergel/Lange*, § 1361b Rn 6.

³⁸ Hierfür spricht insbesondere die Entscheidung BGH FamRZ 2006, 930, wo noch für die frühere Fassung des § 1361b Abs. 2 BGB eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den Fall der freiwilligen Wohnungsüberlassung ohne Vorliegen einer schweren Härte bejaht worden ist. Vgl. im Übrigen für die hier vertretene Auffassung *Palandt/Brudermüller*, § 1361b BGB Rn 20; *Brudermüller*, FamRZ 2003, 1705, 1708; *Müller*, FF 2002, 43, 48; *Haußleiter/Schulz*, IV Rn 56; *Gerhardt/Heintschel-Heinegg/Klein*, VIII Rn 92; a.A. *Wever*, FamRZ 2003, 565; *Erbarth*, FamRZ 2005, 1713, die sich darauf berufen, dass der Gesetzesbegründung zu entnehmen sei, dass der Gesetzgeber gar nicht eine solche Änderung beabsichtigt habe, sondern vielmehr die bisherige Regelung habe übernehmen wollen. Der Wortlaut des Gesetzes verbietet jedoch eine solche einschränkende Auslegung. Dem Gesetzgeber war der umfangreiche Streit in Rechtsprechung und Literatur um die Ausdehnung der früheren sehr restriktiven Fassung der Vorschrift im Wege der Analogie bekannt. Wenn er sich in dieser Situation für die jetzige Fassung der Vorschrift entschieden hat, kann einem etwa vorhandenen Willen, den früheren Meinungsstreit um die Auslegung des Gesetzes nicht entscheiden zu wollen, keine Bedeutung beigemessen werden.

bei Miteigentum der Ehegatten der Nutzungsentgeltanspruch immer auch oder sogar ausschließlich – bei Verneinung der Anwendbarkeit des § 1361b Abs. 3 S. 2 BGB im Falle der zwischen den Eheleuten nicht streitigen Nutzung der Ehwohnung – nach § 745 Abs. 2 BGB verfolgt werden, und zwar vor dem Prozessgericht.³⁹ Die Höhe des Nutzungsentgelts ist nach Billigkeit unter Berücksichtigung der bisherigen Lebensgestaltung und der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse⁴⁰ zu bestimmen.⁴¹

III. § 5 Abs. 2 HausrVO – bei Allein- oder Miteigentum

Ab Rechtskraft der Scheidung: Nach § 3 HausrVO kann das Gericht ausnahmsweise dem Nichteigentümer-Ehegatten die Ehwohnung zur weiteren Nutzung zuweisen, wenn dies zur Vermeidung einer unbilligen Härte erforderlich ist. Sind die Ehegatten Miteigentümer, so kann eine Zuweisung zur alleinigen Nutzung durch einen Ehegatten nach Billigkeit erfolgen. In beiden Fällen bleiben die Eigentumsverhältnisse unberührt. Das Gericht kann gem. § 5 Abs. 2 HausrVO die Nutzung einschließlich der Vergütung hierfür durch einen Mietvertrag regeln. Soweit das Gericht solche Regelungen vornimmt, werden hierdurch Ansprüche aus Eigentum und Besitz verdrängt. Sind dagegen von den Ehegatten einverständliche Regelungen bzgl. der Nutzung der Wohnung nach der Scheidung getroffen worden, so stehen diese gem. § 1 Abs. 1 HausrVO einer gerichtlichen Entscheidung entgegen.

IV. §§ 741, 745 Abs. 2 BGB – bei Miteigentum

Nutzungen bis zur Rechtskraft der Scheidung: Nach der Trennung kann jeder Miteigentümer die Neuregelung der Verwaltung und Nutzung der im gemeinsamen Eigentum stehenden Ehwohnung verlangen, wenn diese auf Grund der Trennung anders genutzt wird als vorher. Mit diesem Verlangen kann sogleich ein Anspruch auf Zahlung eines angemessenen Nutzungsentgelts – vom Zeitpunkt der Aufforderung an – verbunden werden. Bislang wurde insoweit ein Vorrang der HausrVO verneint.⁴² Dies beruhte maßgeblich darauf, dass § 1361b Abs. 2 BGB a.F. nur einen geringen Teil der Sachverhalte erfasste, soweit man nicht eine weitgehende Analogie zuließ. Insoweit ist mit der Neuregelung durch den jetzigen § 1361b Abs. 3 S. 2 BGB eine entscheidende Änderung eingetreten (s.o.). Die Anwendbarkeit des § 745 Abs. 2 BGB dürfte nunmehr durch die Spezialregelung des § 1361b Abs. 3 S. 2 BGB ausgeschlossen sein, das heißt in allen Fällen der alleinigen Nutzung einer im Miteigentum der Ehegatten stehenden Wohnung während der Trennungszeit bis zur Rechtskraft der Scheidung.⁴³

Für Nutzungen nach Rechtskraft der Scheidung können Ansprüche nach §§ 741, 745 Abs. 2 BGB vor dem Zivilgericht verfolgt werden, soweit nicht von einem Ehegatten eine Zuweisung der Ehwohnung an sich zur alleinigen

Nutzung nach § 5 Abs. 2 HausrVO begehrt wird. Mit dem Anspruch auf Nutzungsentgelt kann gegenüber dem Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB aufgerechnet werden.⁴⁴

Im Einzelfall kann es für einen der beiden Ehegatten günstiger sein, die Hausaufwendungen und den Wohnvorteil aus dem Unterhalt herauszuhalten (z.B. weil der objektive Wohnwert und nicht aus Billigkeitsgründen ein herabgesetzter angemessener Wohnwert zugrunde gelegt wird) und den Ausgleich auf andere Weise zu suchen. Dies setzt allerdings voraus, dass eine solche Ausgleichsmöglichkeit nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich gegeben ist, d.h. ausreichende Zahlungsfähigkeit des anderen Ehegatten oder die Möglichkeit des Ausgleichs solcher Forderungen z.B. im Rahmen des Zugewinnausgleichs besteht. Mehr Sicherheit bietet daher in der Regel die unterhaltsrechtliche Berücksichtigung der Nutzungen und der hiermit verbundenen Lasten.

³⁹ BGH FamRZ 1986, 436; zur Höhe des Nutzungsentgelts in diesem Fall vgl. BGH NJW 1994, 1721.

⁴⁰ Bei eingeschränkter bzw. fehlender Leistungsfähigkeit des Nutzungsberechtigten ist deshalb vielfach ein Nutzungsentgelt nicht festzusetzen; vgl. AG Saarbrücken FamRZ 2003, 531.

⁴¹ Vgl. oben unter B II.

⁴² BGH NJW 1982, 1753.

⁴³ Palandt/Brudermüller, § 1361b BGB Rn 20 a.E.

⁴⁴ BGH FamRZ 1993, 676.