

BGH, Beschluss vom 27.11.2024, XII ZB 28/23, NJW 2025, 1130 ff. = [jurisbyhemmer](#)

1 Nutzungsentschädigung für den Ehegatten für das alleinige Bewohnen des Familienheims nach Trennung

+++ Nutzungsentschädigung +++ Fiktiver Trennungsunterhalt +++ § 1361b BGB +++

Sachverhalt (abgewandelt): M und F sind miteinander verheiratet und leben seit Januar 2020 getrennt.

Aus ihrer Ehe ist ein im Jahr 2008 geborener Sohn hervorgegangen. Die Ehegatten sind jeweils zur Hälfte Miteigentümer eines Reihenhauses in München mit einer Wohnfläche von 145 qm, welches ihnen vor der Trennung als Ehewohnung diente. Eine fiktive Miete beträgt hierfür monatlich 2.400 €. F trägt allein die Beiträge des Hausdarlehens gegenüber der C.-Bank in Höhe von monatlich 400 €.

Im Sommer 2020 verließ der Ehemann M das Familienheim und siedelte nach Würzburg über. Im Februar 2021 zog der gemeinsame Sohn nach Würzburg zu M. Seit dem Umzug des Sohnes lebt F allein in dem 145 qm großen Reihenhaus. Besondere Gründe, die ein weiteres Bewohnen der gesamten Immobilie erforderlich machen, bestehen nicht.

F verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von 2.400 €. Nach Abzug der Belastungen und des gezahlten Kindesunterhalts verbleiben ihr monatlich 1.600 €. M erzielt ein monatliches Nettoeinkommen von 3.600 €.

M hat die allein in der Ehewohnung verbliebene Ehefrau F auf Zahlung einer monatlichen Nutzungsentschädigung von 1.000 € in Anspruch genommen, die er mit Schreiben vom 02.06.2021 erstmals geltend gemacht hat. Zur Begründung führt M aus, nach Abzug der von F allein getragenen monatlichen Darlehensrate von 400 € verbleibe ein Gebrauchswert von 2.000 €. Hiervon stehe ihm als hälftigem Miteigentümer ein Betrag von 1.000 € monatlich zu.

F meint demgegenüber, dass ein solcher Anspruch jedenfalls deswegen nicht bestünde, weil bestehende Unterhaltsansprüche gegenzurechnen seien. Und wenn sie, also F, nun eine Nutzungsentschädigung zahlen müsse, erhöhe sich dadurch auch gleichzeitig der Unterhaltsanspruch gegenüber M, was zu berücksichtigen sei. M ist der Ansicht, dass die Unterhaltsansprüche nicht im Rahmen der Billigkeitserwägungen zu berücksichtigen seien und vielmehr in einem gesonderten Prozess eingeklagt werden müssten.

Zu Recht?

Anmerkungen: Auf die Vorschrift des § 1361b BGB wird verwiesen. Eine Prüfung der Einkommensverhältnisse ergibt, dass der F im Falle der Verpflichtung zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung ein hypothetischer Trennungsunterhaltsanspruch gegen M in Höhe von monatlich 600 € zustünde.

A) Sounds

1. Ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 1361b III S. 2 BGB scheidet grundsätzlich aus, wenn der Wohnvorteil des in der Ehewohnung verbliebenen Ehegatten im Rahmen einer Regelung des Trennungsunterhalts – sei es durch außergerichtliche Verständigung, durch gerichtlichen Vergleich oder durch gerichtliche Entscheidung – familienrechtlich kompensiert, er insbesondere bei der Unterhaltsbemessung entweder bedarfsmindernd oder die Leistungsfähigkeit erhöhend berücksichtigt worden ist.

2. Fehlt es an einer solchen Unterhaltsregelung, ist bereits im Ehewohnungsverfahren als Kriterium für die nach § 1361b III S. 2 BGB gebotene Billigkeitsabwägung in den Blick zu nehmen, ob und gegebenenfalls in welcher Größenordnung dem in der Ehewohnung verbliebenen Ehegatten bei summarischer Prüfung im Falle der Verpflichtung zur Zahlung von Nutzungsentschädigung (hypothetische) Ansprüche auf Trennungsunterhalt gegen den weichenden Ehegatten zustehen würden.

B) Problemaufriss

Kern der Entscheidung ist die Frage, ob unter „Billigkeit“ im Sinne des § 1361b III S. 2 BGB auch unterhaltsrechtliche Grundsätze fallen oder nicht. Hinsichtlich der Geltendmachung einer Nutzungsentschädigung für die Ehwohnung ist rechtlich zwischen dem Zeitraum vor und dem Zeitraum nach Eintritt der Rechtskraft der Ehescheidung zu differenzieren:

- ⇒ **Vor Rechtskraft der Scheidung** richtet sich ein Anspruch zwischen Ehegatten nach der auch hier einschlägigen Vorschrift des § 1361b III S. 2 BGB. Diese Anspruchsgrundlage geht sowohl bei gemeinsamem Eigentum an der Ehwohnung einem Anspruch aus § 745 BGB als auch bei Alleineigentum den Ansprüchen aus §§ 987, 990 BGB als speziellere Regelung vor.¹
- ⇒ **Nach Rechtskraft der Scheidung** kommen demgegenüber – je nach Eigentumslage – Ansprüche aus § 745 BGB bei Miteigentum bzw. aus §§ 987, 990 BGB bei Alleineigentum in Betracht, die jeweils im Rahmen einer Familienstreitsache geltend zu machen sind.

Praxishinweis: Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist es daher nicht möglich, eine Nutzungsentschädigung für Zeiträume vor und nach Rechtskraft der Scheidung erfolgreich in einem einheitlichen Verfahren durchzusetzen. Dies birgt zumindest das Risiko einer Verfahrenstrennung, im ungünstigsten Fall sogar einer teilweisen Abweisung des Antrags als unzulässig.²

Bislang war nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang eine Nutzungsentschädigung mit einer regelmäßig aufwändigen Ermittlung fiktiver Unterhaltsansprüche in Einklang zu bringen ist. Der BGH stellt nun überzeugend klar, dass die Bemessung der Nutzungsvergütung nicht isoliert hiervon erfolgen kann. Die Darlegungs- und Feststellungslast hinsichtlich der Billigkeit einer geltend gemachten Nutzungsentschädigung trägt dabei der aus der Ehwohnung ausgezogene Ehegatte.

Im Rahmen der Nutzungsentschädigung nach § 1361b III S. 2 BGB ist ein entsprechender **Antrag** bei Gericht nötig. Zwar mag dies auf der Hand liegen. Es gibt aber familienrechtliche Vorschriften, bei denen ein solcher Antrag nicht erforderlich ist, wie z.B. § 1361a III S. 2 BGB.

Nach dieser Vorschrift kann das Gericht – auch ohne Antrag – eine angemessene Vergütung für die Benutzung der **Haushaltsgegenstände** festsetzen, sofern sich die Ehegatten nicht einigen können. Unter Haushaltsgegenstände (vgl. auch §§ 1369, 1932 BGB) fallen alle beweglichen Gegenstände, die nach den Vermögens- und Lebensverhältnissen der Ehegatten und ihrer Kinder üblicherweise für die Wohnung, die Hauswirtschaft und das Zusammenleben der Familie, einschließlich der Freizeitgestaltung, bestimmt sind, also der gesamten Lebensführung dienen.³ Auch Haustiere, obwohl sie nach § 90a S. 1 BGB keine Sachen sind, werden grds. als Haushaltsgegenstände zugerechnet.⁴

hemmer-Methode: Es ist ein weit verbreiteter Irrtum, dass Eheleuten alle Sachen gemeinsam gehören, sie also Miteigentümer von allem sind, was sich im Eigentum eines Ehegatten vor der Eheschließung befand. Sofern die Eheleute ihre güterrechtlichen Verhältnisse nicht durch notariellen Ehevertrag (§§ 1408, 1410 BGB) vereinbaren, leben sie im **gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft** nach §§ 1363 ff. BGB.

Nach § 1363 II S. 1 HS 1 BGB wird das jeweilige Vermögen der Ehegatten gerade nicht deren gemeinschaftliches Vermögen. Auch das, was ein Ehegatte während der Ehe erwirbt, erwirbt mangels abweichender vertraglicher Abreden nur er, vgl. § 1363 II S. 1 HS 2 BGB. Eine **Ausnahme** bildet § 1568b II BGB, wonach Haushaltsgegenstände, die während der Ehe für den gemeinsamen Haushalt angeschafft werden, als „gemeinsames Eigentum der Ehegatten“ gelten. Dies gilt nur dann nicht, wenn das Alleineigentum eines Ehegatten feststeht. Dogmatisch handelt es sich damit entgegen dem Wortlaut („gilt“) nicht um eine Fiktion, sondern um eine widerlegbare Vermutung.⁵ Damit ist § 1568b II BGB eine *lex specialis* zu der Eigentumsvermutung aus § 1006 BGB.⁶

In der vorliegenden Entscheidung geht es zumindest mittelbar auch um Unterhaltsansprüche innerhalb der Ehe. Dazu Überblicksweise im Einzelnen: Die Unterhaltungspflichten gehören zu den wesentlichen Rechtswirkungen der Ehe. Das Gesetz unterscheidet zwischen **Familienunterhalt (§§ 1360 ff. BGB)** während des Zusammenlebens, **Trennungsunterhalt (§ 1361 BGB)** während des Getrenntlebens und **nachehelichem Unterhalt (§§ 1569 ff. BGB)** nach der Scheidung.

¹ BGH, FamRZ 2017, 693, Rn. 36 = [jurisbyhemmer](#).

² Vgl. OLG Hamm, NZFam 2024, 285 = [jurisbyhemmer](#); OLG Düsseldorf, NJW-RR 2019, 68 f. = [jurisbyhemmer](#); Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 8. Aufl. 2023, Rn. 148.

³ Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Breuers, jurisPK-BGB, 11. Aufl., § 1568b BGB (Stand: 15.11.2025) = [jurisbyhemmer](#).

⁴ OLG Celle, NJW-RR 2009, 1306 ff. = [jurisbyhemmer](#); Grüneberg/Götz, 85. Aufl., 2026, § 1361a BGB Rn. 10.

⁵ Statt aller Grüneberg/Götz, § 1568b BGB Rn. 6.

⁶ Vgl. Grüneberg/Götz, § 1568b BGB Rn. 6.

Während der Ehe schulden sich die Ehegatten gegenseitig Familienunterhalt, der sowohl durch Geldleistungen als auch durch Haushaltsführung und Kinderbetreuung erbracht werden kann. Nach § 1360 S. 2 BGB ist die Haushaltsführung dem Barunterhalt gleichwertig. Zum Familienunterhalt gehören außerdem Haushaltsgeld und ein "Taschengeldanspruch" des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten.

Mit dem **Getrenntleben** endet der Anspruch auf Familienunterhalt und wird durch den **Trennungsunterhalt (§ 1361 BGB)** ersetzt. Voraussetzung hierfür ist, dass die Ehegatten im Sinne des § 1567 BGB getrennt leben, also keine häusliche Gemeinschaft mehr besteht und mindestens ein Ehegatte diese auch nicht wiederherstellen will. Der Unterhaltsberechtigte muss bedürftig sein, der Verpflichtete leistungsfähig.

Der Trennungsunterhalt soll den bisherigen ehelichen Lebensstandard sichern. Deshalb richtet sich sein Umfang nach den **ehelichen Lebensverhältnissen**. Maßgeblich sind grds. die aktuellen Einkommensverhältnisse beider Ehegatten. Freiwillige Einkommensminderungen des Unterhaltspflichtigen werden allerdings nicht berücksichtigt; ihm kann stattdessen ein fiktives Einkommen zugerechnet werden.

hemmer-Methode: Für die Frage der Zumutbarkeit sind dabei nach h.M. die §§ 1569 ff. BGB analog heranzuziehen.⁷

Eine wichtige Rolle spielt die **Erwerbsobliegenheit** (vgl. § 1361 II BGB). Während des ersten Trennungsjahres muss der unterhaltsberechtigte Ehegatte regelmäßig noch keine neue Erwerbstätigkeit aufnehmen, da ihm Zeit zur Neuorientierung eingeräumt wird. Mit zunehmender Dauer der Trennung steigen jedoch die Anforderungen, so dass eine zumutbare Erwerbstätigkeit erwartet werden kann. Kommt der Berechtigte dieser Pflicht schuldhaft nicht nach, wird ebenfalls ein fiktives Einkommen angerechnet.

Besondere Bedeutung hat auch der **Wohnvorteil**. Nutzt ein Ehegatte nach der Trennung weiterhin die gemeinsame Immobilie allein, wird dieser Nutzungsvorteil als Einkommen berücksichtigt. Im ersten Trennungsjahr wird regelmäßig nur der angemessene Wohnwert angesetzt, später grundsätzlich der volle objektive Mietwert.

Zur Unterhaltsberechnung wird das **bereinigte Nettoeinkommen** beider Ehegatten herangezogen. Nach dem Halbteilungsgrundsatz sollen beide Ehegatten gleichmäßig am ehelichen Lebensstandard teilhaben.

Dem erwerbstätigen Ehegatten verbleibt jedoch regelmäßig ein **Erwerbstätigenbonus** (meist 1/7 des Erwerbseinkommens⁸), um einen Anreiz zur Erwerbstätigkeit zu schaffen. Dieser Bonus gilt ausschließlich für Erwerbseinkommen, nicht für Vermögenseinkünfte.

Zusätzlich kann der Berechtigte **Vorsorgeunterhalt** (z.B. Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Altersvorsorge) sowie in Ausnahmefällen **Sonderbedarf** für unvorhersehbare außergewöhnliche Aufwendungen verlangen.

Schließlich kann der Anspruch auf Trennungsunterhalt nach **§ 1361 III BGB i.V.m. § 1579 BGB** ausgeschlossen oder herabgesetzt werden, wenn seine Geltendmachung grob unbillig wäre, etwa wegen schwerer Verfehlungen gegenüber dem anderen Ehegatten. Die Härteklausel ist jedoch erst nach Prüfung der allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen zu berücksichtigen.

Examensrelevant sind insbesondere die Abgrenzung zwischen Familien- und Trennungsunterhalt, die Voraussetzungen des Getrenntlebens, die Erwerbsobliegenheit während der Trennungszeit, die Berechnung nach den ehelichen Lebensverhältnissen sowie der Erwerbstätigenbonus und die Härteklausel.

C) Lösung

M könnte gegen F ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung in Höhe von 1.000 € nach § 1361b III S. 2 BGB zustehen.

I. Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 1361b III S. 2 BGB

Nach dieser Vorschrift kann der weichende Ehegatte von dem nutzungsberechtigten Ehegatten eine Vergütung für die Nutzung verlangen, soweit dies der Billigkeit entspricht.

1. Vorliegen einer Ehe und Getrenntleben

Zwischen M und F liegt eine Ehe vor – sie sind Ehegatten im Sinne des § 1361b III S. 2 BGB.

M und F leben seit Januar 2020 getrennt nach Maßgabe des § 1567 I BGB.

2. Überlassung der Ehewohnung an den nutzungsberechtigten Ehegatten

Die Ehewohnung müsste der F von M als nutzungsberechtigte Ehegattin überlassen worden sein.

⁷ Grüneberg/Götz, § 1361 BGB, Rn. 12 ff.

⁸ In den süddeutschen Ländern beträgt der Bonus $\frac{1}{10}$.

Im Sommer 2020 verließ M das Familienheim und siedelte nach Würzburg über und F verblieb allein in der Wohnung.

Der F wurde von M die Ehewohnung im Sommer 2020 somit vollständig überlassen.

hemmer-Methode: Die Vergütungsregelung des § 1361b III S. 2 BGB knüpft nur an die tatsächliche Überlassung der Wohnung an, ohne dass es darauf ankommt, ob der weichende Ehegatte die Ehewohnung - wie hier - freiwillig verlässt oder er verpflichtet ist, sie dem anderen zur alleinigen Benutzung zu überlassen.⁹

3. Billigkeit

Ein Nutzungsersatzanspruch des M setzt ferner voraus, dass dieser der Billigkeit entspricht.

a) Allgemeiner Maßstab der Billigkeit

Für die Billigkeitsabwägung sind alle Gesamtumstände des Einzelfalls, insbesondere die wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse sowie die laufenden Belastungen, auch durch die Versorgung gemeinsamer Kinder, maßgeblich.¹⁰

Die familienrechtliche Nutzungsvergütung soll den Verlust des Wohnungsbesitzes und die damit einhergehenden wirtschaftlichen Nachteile für den weichenden Ehegatten im Einzelfall und nach Billigkeit kompensieren. Zugleich schafft sie einen Ausgleich dafür, dass nur noch der Verbliebene allein diejenigen Nutzungen zieht, die nach der ursprünglichen ehelichen Lebensplanung beiden Ehegatten gemeinsam zustehen sollten. Die Vergütungsregelung nach § 1361b III S. 2 BGB ermöglicht somit einen an familienrechtlichen Billigkeitskriterien orientierten Ausgleich für die Zeit des Getrenntlebens.¹¹ Der Grundsatz der Billigkeit bestimmt dabei sowohl den Grund des Anspruchs auf Nutzungsvergütung als auch dessen Höhe.¹²

b) Berücksichtigung von Trennungsunterhalt im Rahmen der Billigkeitserwägungen

Fraglich ist, ob und – wenn ja – wie die wechselseitigen Unterhaltsansprüche der Ehegatten (vgl. § 1361 BGB) im Rahmen der Billigkeit berücksichtigt werden.

aa) OLG München / Teile der Lit: Trennungsunterhalt bei Billigkeitserwägung generell nicht zu berücksichtigen

Nach Ansicht des OLG München¹³ als Vorinstanz sowie Teilen der Lehre¹⁴ soll ein etwaiger Trennungsunterhalt i.S.d. § 1361 BGB bei der Billigkeitsabwägung generell nicht berücksichtigt werden.

F könne dem Anspruch des M auf Nutzungsentschädigung keine eigenen Unterhaltsansprüche entgegenhalten. Ihr Anspruch auf Trennungsunterhalt müsse vielmehr **in einem eigenen Verfahren** verfolgt werden. Denn das Verfahren auf Nutzungsentschädigung als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und das Unterhaltsverfahren als Familienstreitsache unterlägen gänzlich **verschiedenen Verfahrensvorschriften**, so dass die jeweiligen Ansprüche nicht in demselben Verfahren verfolgt werden könnten und auch eine Verbindung dieser Verfahren nicht zulässig sei.

Dies führe dazu, dass dem Anspruch auf Nutzungsentschädigung jedenfalls ein streitiger Anspruch auf Trennungsunterhalt nicht in demselben Verfahren entgegengehalten werden könne, und zwar **auch nicht im Rahmen einer Billigkeitsabwägung**.

Es bestehe auch keine verfahrensrechtliche Möglichkeit, bei fehlender Entscheidungsreife des vom dem Anspruchsgegner geltend gemachten Trennungsunterhaltsanspruchs über die Nutzungsentschädigung des Anspruchstellers im Wege eines Vorbehaltsbeschlusses zu entscheiden, weil das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine solche Entscheidungsform nicht kenne.

Ein Ausschluss der Nutzungsentschädigung des M scheide auch nicht aus anderen Gründen aus. Eine Nutzungsentschädigung scheide regelmäßig nämlich nur dann aus, wenn der in der Ehewohnung verbliebene Ehegatte nicht ausreichend leistungsfähig sei oder zwischen den Einkommensverhältnissen der Ehegatten ein besonders großes Ungleichgewicht bestehe. Letzteres sei weder vorgetragen noch ersichtlich, ohne dass es für diese Beurteilung einer genauen Ermittlung des vom Ehemann erzielten Einkommens bedürfe. Selbst wenn die Behauptungen der Ehefrau zu dessen Einkommensverhältnissen zuträfen, entspräche die Zuerkennung einer Nutzungsentschädigung der Billigkeit. Denn die Ehefrau sei leistungsfähig. Sie verfüge über ein monatliches Nettoeinkommen von 2.400 €. Nach Abzug der von ihr genannten Belastungen und des gezahlten Kindesunterhalts verblieben ihr jedenfalls noch monatlich 1.600 €.

⁹ BGH, FamRZ 2014, 460 Rn. 9 = [jurisbyhemmer](#).

¹⁰ Vgl. OLG Zweibrücken, NJW-RR 2022, 19 ff. = [jurisbyhemmer](#); OLG Karlsruhe, NJW 2019, 1619 ff. = [jurisbyhemmer](#); Grüneberg/Götz, § 1568b BGB, Rn. 6.

¹¹ Vgl. BGH, FamRZ 2017, 693 Rn. 35 = [jurisbyhemmer](#); BGH, FamRZ 2014, 460 Rn. 10 = [jurisbyhemmer](#).

¹² Vgl. BGH, FamRZ 2014, 460 Rn. 15 = [jurisbyhemmer](#); BGH, FamRZ 2006, 930, 933 = [jurisbyhemmer](#).

¹³ OLG München, Beschl. v. 19.12.2022, 26 UF 995/22.

¹⁴ Vgl. BeckOGK/Erbarth [Stand: 1. November 2024] § 1361 b BGB Rn. 354.

Davon könne sie die Nutzungsentschädigung bezahlen, zumal diese lediglich den Wohnwert kompensiere, der ihr durch die Nutzung des hälftigen Miteigentumsanteils des Ehemanns zufließe.

Grundlage des Anspruchs auf Nutzungsentschädigung sei der objektive Mietwert der Ehwohnung von monatlich 2.400 €. Die Hälfte dieses Mietwerts stehe dem M als Nutzungsentschädigung zu, mithin 1.200 €. Allerdings müssten von diesem Betrag noch die von der F allein getragenen Hausdarlehen gegenüber der C-Bank in Höhe von monatlich 400 € zur Hälfte abgezogen werden, also 200 €.

Die ab Juni 2021 zu zahlende Nutzungsentschädigung betrage nach Ansicht des OLG München somit 1.000 €.

bb) Instanzgerichte und weitere Stimmen in der Literatur: differenzierende Betrachtung

Einige Instanzgerichte sowie weitere Stimmen in der Literatur halten fiktive Trennungsunterhaltsansprüche des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten im Rahmen der gemäß § 1361b III S. 2 BGB anzustellenden Billigkeitsabwägung zwar grundsätzlich für beachtlich, wollen solche Ansprüche aber **bei schwierig zu beurteilenden unterhaltsrechtlichen Fragestellungen** – wie beispielsweise der Zurechnung fiktiver Einkünfte – **außer Betracht lassen**.¹⁵

Da es sich vorliegend um die Berücksichtigung fiktiver Einkünfte durch Trennungsunterhalt und damit um „schwierig zu beurteilende unterhaltsrechtliche Fragestellungen“ handelt, kommen diese Stimmen somit zu demselben Ergebnis wie das OLG München.

cc) BGH: Trennungsunterhalt ist i.R.d. Billigkeitserwägung zu berücksichtigen

Dem folgt der BGH nicht. Der BGH geht davon aus, dass (fiktive) Trennungsunterhaltsansprüche im Rahmen der Billigkeitserwägung stets zu berücksichtigen sind.

Wie die Vorinstanz im Ausgangspunkt nicht verkennt, werden die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten auch durch ihre wechselseitigen unterhaltsrechtlichen Beziehungen bestimmt. Es besteht ein Zusammenhang zwischen der Nutzungsvergütung und den Unterhaltsansprüchen in der Trennungszeit.

Begehrt der in der Wohnung verbliebene Ehegatte Trennungsunterhalt oder ist er seinerseits zur Gewährung von Trennungsunterhalt verpflichtet, ist bei der Unterhaltsbemessung der **Vorteil mietfreien Wohnens zu berücksichtigen**, und zwar entweder als bedarfsdeckendes und seine Bedürftigkeit minderndes Einkommen des Unterhaltsberechtigten oder **als unterhaltsrelevantes und seine Leistungsfähigkeit erhöhendes Einkommen des Unterhaltspflichtigen**.

Ist der Wohnvorteil des in der Ehwohnung verbleibenden Ehegatten auf diese Weise im Rahmen einer Unterhaltsregelung – sei es durch außergerichtliche Verständigung, durch gerichtlichen Vergleich oder durch gerichtliche Entscheidung – familienrechtlich kompensiert worden, kommt daneben schon wegen des **Verbots der Doppelverwertung** ein Anspruch des weichenden Ehegatten auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung nach § 1361b III S. 2 BGB grundsätzlich nicht mehr in Betracht.¹⁶ Insoweit besteht ein **Vorrang der Unterhaltsregelung vor der Nutzungsvergütung**, um zwischen den Ehegatten einen angemessenen Ausgleich für den Wohnvorteil zu bewirken.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann die Frage nach der Billigkeit der Nutzungsentschädigung gemäß § 1361b III S. 2 BGB vor dem Hintergrund des Vorangestellten grundsätzlich nicht unabhängig von den unterhaltsrechtlichen Verhältnissen der Beteiligten beurteilt werden.

Gerade in Fällen, in denen der eigentlich einkommensschwächere Ehegatte im Hinblick auf den von ihm gezogenen Wohnvorteil auf die Geltendmachung von Trennungsunterhalt verzichtet hat, kann es nicht der Billigkeit entsprechen, ihn zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu verpflichten, die ihm anschließend als Ergebnis eines gesonderten Trennungsunterhaltsverfahrens wieder zufließen müsste.¹⁷ Vielmehr dürfte es in diesen Fällen sachgerecht sein, die Wohnungsüberlassung – auch im wohlverstandenen Interesse der Ehegatten an der Vermeidung von (weiteren) Rechtsstreitigkeiten – als Teil der Unterhaltsgewährung anzusehen und im Hinblick darauf gegebenenfalls von der Festsetzung einer gesonderten Vergütung für die Nutzung der Wohnung abzusehen.¹⁸

Im Übrigen trägt der weichende Ehegatte die Feststellungslast für die Billigkeit einer von ihm begehrten Nutzungsentschädigung.¹⁹

¹⁵ Vgl. *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 8. Aufl., Rn. 221; vgl. auch OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.06.2020 - 9 UF 154/18 - juris Rn. 17 = *jurisbyhemmer*; KG, FamRZ 2015, 1191, 1192 = *jurisbyhemmer*; Erman/Kroll-Ludwigs, BGB, 17. Aufl. § 1361b, Rn. 13; Johannsen/Henrich/Althammer/Dürbeck, Familienrecht, 7. Aufl., § 1361b BGB, Rn. 39.

¹⁶ Vgl. BGH, FamRZ 2014, 460 Rn. 10 = *jurisbyhemmer*.

¹⁷ Vgl. KG, FamRZ 2015, 1191, 1192 = *jurisbyhemmer*.

¹⁸ Vgl. *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 8. Aufl. Rn. 221.

¹⁹ Vgl. OLG Saarbrücken, FamRZ 2014, 1636 = *jurisbyhemmer*; OLG Frankfurt a.M., FamRZ 2011, 373, 374 = *jurisbyhemmer*; Staudinger/Voppel, BGB, § 1361b, Rn. 76; BeckOGK/Erbarth, § 1361b BGB, Rn. 331.

Würde die nach § 1361b III S. 2 BGB gebotene Billigkeitsprüfung von vornherein um die Würdigung der unterhaltsrechtlichen Situation der Beteiligten verkürzt, führte dies zu einer Begünstigung des Anspruchstellers, für die es keine sachliche Rechtfertigung gibt.

Es bestehen nach Ansicht des BGH insbesondere keine zwingenden verfahrensrechtlichen Gründe, die der Berücksichtigung eines hypothetischen Trennungsunterhaltsanspruchs des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten im Verfahren um das Begehren des weichenden Ehegatten nach Zahlung einer Nutzungsentschädigung entgegenstehen könnten.

Der Anspruch auf **Nutzungsentschädigung** nach § 1361b III S. 2 BGB ist eine Ehewohnungssache (§§ 111 Nr. 5, 200 FamFG) und richtet sich nach den Vorschriften des FamFG. Ein Anspruch auf **Trennungsunterhalt** ist dagegen eine Unterhaltssache (§§ 112 Nr. 1, 231 FamFG), auf die gemäß § 113 I FamFG weitgehend die Regeln der ZPO Anwendung finden. Deshalb können Unterhaltsansprüche in einer Ehewohnungssache grundsätzlich nicht unmittelbar geltend gemacht werden.²⁰ Unterhaltsrechtliche Gesichtspunkte dürfen jedoch im Rahmen der Billigkeitsprüfung bei der Festsetzung der Nutzungsentschädigung berücksichtigt werden.

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass rechtlich und tatsächlich besonders schwierig zu beurteilende Fragen des Unterhaltsrechts im Ehewohnungsverfahren in allen Einzelheiten und abschließend geklärt werden müssten. Denn als (bloßes) Kriterium für die im Rahmen des § 1361b III S. 2 BGB vorzunehmende Billigkeitsabwägung genügt auch eine anhand der gewonnenen Erkenntnisse über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten überschlägig vorgenommene Prüfung, ob und gegebenenfalls in welcher Größenordnung dem in der Wohnung verbliebenen Ehegatten im Falle der Verpflichtung zur Zahlung von Nutzungsentschädigung (hypothetische) Ansprüche auf Trennungsunterhalt gegen den weichen Ehegatten zustehen würden.

Anmerkung: Der BGH stellt klar, dass er nicht über tatsächliche Einzelheiten befinden darf, da dies Sache des jeweiligen Tatgerichts ist.

*Bewertungsmaßstab im Revisionsverfahren war nur, ob das Berufungsgericht die maßgebenden Tatsachen vollständig und fehlerfrei festgestellt und gewürdigt hat, von ihm Rechtsbegriffe verkannt oder Erfahrungssätze verletzt wurden und er die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat.*²¹

Die Entscheidung des OLG München begegnet nach Auffassung des BGH auch nach diesem (einzuschränkenden) Prüfungsmaßstab – wie gezeigt – „durchgreifenden Bedenken“. Die Entscheidung des OLG München hob der BGH auf und verwies diese zurück zur neuen Entscheidung (vgl. §§ 74 V, 74 VI S. 2 FamFG). Der BGH hält die Sache noch nicht für entscheidungsreif, weil die bisherigen Feststellungen für eine abschließende Entscheidung über die Nutzungsentschädigung nicht ausreichen. Allein die fehlende Leistungsfähigkeit des in der Ehewohnung verbliebenen Ehegatten rechtfertigt es nicht, die Wohnung dauerhaft unentgeltlich zu nutzen. Bei der Billigkeitsprüfung sind vielmehr auch die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere der Zeitpunkt der Geltendmachung der Nutzungsentschädigung und der Wegfall kindbezogener Wohnbelange. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Ehewohnung für die nun alleinlebende Ehefrau ersichtlich zu groß ist. Wir haben den Sachverhalt entsprechend angepasst, sodass insoweit eine Subsumtion möglich ist.

4. Zwischenergebnis

Im Rahmen der Billigkeitsabwägung ist zu berücksichtigen, dass F bei Zahlung der begehrten Nutzungsentschädigung einen hypothetischen Trennungsunterhaltsanspruch gegen M in Höhe von 600 € monatlich hätte. Würde M die volle Nutzungsentschädigung von 1.000 € erhalten, müsste er hiervon wirtschaftlich einen erheblichen Teil im Wege des Trennungsunterhalts wieder an F zurückgewähren. Dies entspräche nach der Rechtsprechung des BGH nicht der Billigkeit. Unter Berücksichtigung der unterhaltsrechtlichen Verhältnisse, des Wegfalls kindbezogener Wohnbelange, der alleinigen Nutzung der 145 qm großen Ehewohnung durch F sowie der Tatsache, dass M seinen Anspruch erst ein Jahr nach seinem Auszug geltend gemacht hat, ist es angemessen, die Nutzungsentschädigung auf 400 € monatlich herabzusetzen.

hemmer-Methode: Die Billigkeitsprüfung zeichnet sich dadurch aus, dass sämtliche Umstände des Einzelfalls in die Entscheidung einzubeziehen sind. Mit anderen Worten: Alle für den Sachverhalt relevanten Tatsachen sind im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.

²⁰ OLG Koblenz, FamRZ 2020, 239 (240) = [jurisbyhemmer](#); OLG Brandenburg, Beschluss v. 19.02.2013 - 3 UF 95/12 = [jurisbyhemmer](#); Musielak/Borth/Frank/Borth, FamFG, 7. Aufl., § 111, Rn. 10; Jauernig/Budzikiewicz, BGB, 19. Aufl., § 1361b, Rn. 8; Scholz/Kleffmann/Grandke, Praxishandbuch Familienrecht, Stand: Mai 2024, Teil D Ehewohnung, Haushaltsgegenstände und Gewaltschutz, Rn. 12; Wever, FamRZ 2020, 885, 886; Splitt, FF 2020, 92, 97; vgl. auch OLG Frankfurt a.M., FamRZ 2016, 57, 58 = [jurisbyhemmer](#).

²¹ Vgl. BGH, FamRZ 2014, 460 Rn. 16 = [jurisbyhemmer](#).

Zu beachten ist jedoch, dass § 1361b III S. 2 BGB weder eine Verrechnungs- noch eine Saldierungsregel enthält.

Die Berücksichtigung unterhaltsrechtlicher Gesichtspunkte erfolgt nicht schematisch, sondern i.R.e. wertenden Gesamtbetrachtung. Welche Schlussfolgerungen aus den jeweiligen Umständen zu ziehen sind und in welchem Umfang diese anspruchsbegründend oder anspruchsmindernd zu berücksichtigen sind, unterliegt der (richterlichen) Billigkeitsentscheidung. Solange die Entscheidung alle wesentlichen Umstände des Einzelfalls einbezieht und keine sachwidrigen Erwägungen oder Denkfehler erkennen lässt, eröffnet § 1361b III S. 2 BGB einen Beurteilungsspielraum. Vor diesem Hintergrund wäre vorliegend auch ein anderes Ergebnis vertretbar. Mit seiner Entscheidung gibt der BGH keine starre Berechnungsformel vor, sondern entwickelt vielmehr einen dogmatischen Prüfungsrahmen, innerhalb dessen die Billigkeitsabwägung künftig vorzunehmen ist.

II. Ergebnis

M steht gegen F lediglich ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung in Höhe von monatlich 400 € zu.

D) Kommentar

(dma). Nach der Rechtsprechung des BGH sind die unterhaltsrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten bei der Billigkeitsprüfung nach § 1361b III S. 2 BGB zu berücksichtigen. Zwar können Trennungsunterhaltsansprüche in einer Ehwohnungssache nicht unmittelbar geltend gemacht werden. Hypothetische Unterhaltsansprüche dürfen jedoch im Rahmen der Billigkeitsprüfung berücksichtigt werden. Die Entscheidung des BGH verdeutlicht, dass die Überlassung der Ehwohnung nach der Trennung nicht isoliert betrachtet werden kann, sondern stets im Zusammenhang mit den unterhaltsrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zu beurteilen ist. Während in der Praxis häufig im Vordergrund steht, welcher Ehegatte die Ehwohnung weiterhin nutzen darf, geraten die wirtschaftlichen Folgen dieser Nutzung oftmals in den Hintergrund. Gerade wenn die Wohnung nach dem Auszug des anderen Ehegatten nur noch von einer Person bewohnt wird, stellt sich regelmäßig die Frage, ob und in welcher Höhe eine Nutzungsentschädigung nach § 1361b III S. 2 BGB geschuldet ist. Ausgangspunkt der Bemessung bleibt dabei grundsätzlich der objektive Mietwert der Ehwohnung.

Für das Examen hat die Entscheidung erhebliche Bedeutung. Sie macht deutlich, dass sich die Prüfung des § 1361b III S. 2 BGB nicht auf die An-

spruchsvoraussetzungen und die rechnerische Ermittlung einer Nutzungsentschädigung beschränkt. Vielmehr bildet die **Billigkeitsprüfung den eigentlichen Schwerpunkt**. Dabei genügt es nicht, lediglich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Ehegatten zu betrachten. Vielmehr sind auch ihre unterhaltsrechtlichen Beziehungen einzubeziehen. Besteht bereits eine Regelung über den Trennungsunterhalt und ist der Wohnvorteil dort berücksichtigt worden, scheidet ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung wegen des Verbots der Doppelverwertung grundsätzlich aus. Fehlt eine solche Regelung, ist jedenfalls überschlägig zu prüfen, ob und in welcher Größenordnung dem in der Ehwohnung verbliebenen Ehegatten ein hypothetischer Trennungsunterhaltsanspruch zustünde. Bemerkenswert ist dabei, dass der BGH keine schematische Berechnungsformel vorgibt. Die Höhe eines hypothetischen Unterhaltsanspruchs ist weder automatisch auf die Nutzungsentschädigung anzurechnen, noch von dieser abzuziehen. Vielmehr stellt sie lediglich einen wesentlichen Billigkeitsgesichtspunkt unter mehreren dar. Daneben können insbesondere die Größe der Ehwohnung, der Wegfall kindbezogener Wohnbelange, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten sowie der Zeitpunkt der erstmaligen Geltendmachung der Nutzungsentschädigung in die Abwägung einzustellen sein.

E) Wiederholungsfrage

- **Welche Bedeutung haben (hypothetische) Trennungsunterhaltsansprüche für die Billigkeitsprüfung einer Nutzungsentschädigung nach § 1361b III S. 2 BGB?**

Nach der Rechtsprechung des BGH sind (hypothetische) Trennungsunterhaltsansprüche im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 1361b III S. 2 BGB zu berücksichtigen. Besteht bereits eine Unterhaltsregelung, in der der Wohnvorteil berücksichtigt wurde, scheidet eine Nutzungsentschädigung wegen des Verbots der Doppelverwertung grundsätzlich aus. Fehlt eine solche Regelung, ist im Ehwohnungsverfahren überschlägig zu prüfen, ob und in welcher Größenordnung dem in der Ehwohnung verbliebenen Ehegatten ein hypothetischer Trennungsunterhaltsanspruch zustehen würde. Dieser stellt jedoch lediglich einen Billigkeitsgesichtspunkt dar und ist nicht schematisch mit der Nutzungsentschädigung zu verrechnen.

F) Zur Vertiefung

Zum Unterhaltsrecht

- Hemmer/Wüst/Grieger, Familienrecht, Rn. 371 f.