

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 745 Abs. 2, II. WohnungsbauG § 88b

Die Nutzungsentschädigung, die ein Ehegatte nach der Trennung dem anderen Ehegatten zu zahlen hat, weil er eine im gemeinsamen Eigentum stehende Wohnung allein nutzt, hat sich an der Kostenmiete zu orientieren, wenn die Wohnung i.S.d. § 88b des II. WohnungsbauG preisgebunden ist.

BGH, Urteil vom 13. April 1994 - XII ZR 3/93 - KG Berlin  
LG Berlin

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XII ZR 3/93

Verkündet am:  
13. April 1994  
Riegel  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. April 1994 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Nonnenkamp, Dr. Knauber, und Gerber

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 24. November 1992 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Die Parteien, die miteinander verheiratet waren und deren Ehe seit dem 1. Februar 1990 geschieden ist, sind je zur (ideellen) Hälfte Eigentümer einer in Berlin-Wannsee gelegenen Eigentumswohnung. Zu der Wohnung gehören Souterrainräume, die für eine gesonderte Vermietung nicht geeignet sind. Sie haben insbesondere nicht die erforderliche Höhe. Der Bau der Wohnung ist im Rahmen des "Wohnungsbauprogramms 1987 (steuerbegünstigter Wohnungsbau)" mit Auf-



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

wendungshilfen und einem Eigenkapitalersatzdarlehen der Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin gefördert worden.

Bis zur Trennung im August 1988 haben die Parteien gemeinsam in dieser Wohnung gelebt. Seither nutzt der Beklagte sie allein. Die Klägerin wohnt mit dem gemeinsamen Sohn der Parteien in einer Mietwohnung, für die sie den marktüblichen Mietzins zahlen muß. Der Kläger zahlt für die Eigentumswohnung der Parteien die laufenden Belastungen und das Wohngeld.

Die Parteien haben die Eigentumswohnung zum Teil durch ein Bankdarlehen finanziert. Zur Sicherung dieses Darlehens haben sie gemeinsam eine Lebensversicherung abgeschlossen. Die Klägerin hat zunächst die auf sie entfallende Hälfte der Versicherungsprämie gezahlt. Einige Zeit nach der Trennung hat sie diese Zahlungen eingestellt. Daraufhin hat die Versicherungsgesellschaft den auf die Klägerin entfallenden Teil der Lebensversicherung gekündigt. Auf Betreiben der kreditgebenden Bank mußte der Beklagte zur Sicherung des Darlehens seine eigene Lebensversicherung entsprechend aufstocken. Für die Zeit ab 1. Januar 1991 zahlt er insgesamt eine Versicherungsprämie von 366 DM monatlich.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten - erstmals mit Anwaltsschreiben vom 20. Februar 1989 - eine Nutzungsent-schädigung dafür, daß er die gemeinsame Eigentumswohnung allein nutzt. Mit der Klage macht sie für die Monate März 1989 bis März 1991 insgesamt 13.449,17 DM (zzgl. Rechtshän-gigkeitszinsen) geltend.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin im übrigen den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 984,84 DM (zzgl. Zinsen) zu zahlen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren ursprünglichen Klageantrag weiter, soweit das Berufungsgericht ihm nicht stattgegeben hat.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist unbegründet.

1. Trennen sich Ehegatten endgültig und zieht einer von ihnen aus der beiden gehörenden Eigentumswohnung aus, ohne zu verlangen, daß ihm die Benutzung oder Mitbenutzung der Wohnung wieder eingeräumt wird, so kann er nach § 745 BGB eine Neuregelung der Verwaltung und Benutzung verlangen (BGH, Urteil vom 4. Februar 1982 - IX ZR 88/80 = FamRZ 1982, 355, 356 m.N.). Streiten die Ehegatten darüber, in welcher Höhe der in der Wohnung Verbleibende dem anderen eine Nutzungsentschädigung zu zahlen hat, so braucht der andere - wie das Berufungsgericht zutreffend und von keiner Partei in Zweifel gezogen ausgeführt hat - nicht zunächst auf Zustimmung zu einer angemessenen Neuregelung zu klagen. Er kann vielmehr sofort den Zahlungsanspruch einklagen, der sich aus der angemessenen Neuregelung ergibt (BGH aaO; Ur-

teil vom 14. November 1988 - II ZR 77/88 = BGHR BGB § 745  
Abs. 2 Nutzungsentgelt 1 = NJW 1989, 1030, 1031 m.N.;  
MünchKomm/Karsten Schmidt, BGB 2. Aufl. §§ 744, 745  
Rdn. 32; Erman/Aderhold, BGB 9. Aufl. § 745 Rdn. 7).

Zur Berechnung des der Klägerin zustehenden Nutzungs-  
entgeltes führt das Berufungsgericht aus, das Nutzungs-  
entgelt müsse sich nach § 88b II. WohnungsbauG an der so-  
genannten Kostenmiete (nicht: an der wesentlich höheren  
marktüblichen Miete) orientieren. Von der Kostenmiete könne  
die Klägerin an sich die Hälfte beanspruchen. Abzusetzen  
von dieser Hälfte sei aber die Hälfte der Belastungen, die  
der Beklagte allein trage. Zu diesen Belastungen gehöre ab  
1. Januar 1991 die von dem Beklagten von diesem Zeitpunkt  
an allein gezahlte Lebensversicherungsprämie. Außerdem sei  
abzusetzen ein Drittel des von dem Beklagten gezahlten  
Wohngeldes. Das Wohngeld betreffe nur zu ca. einem Drittel  
verbrauchsabhängige Kosten (z.B. für die Heizung), die von  
dem Beklagten allein zu tragen seien. Die übrigen ca. zwei  
Drittel beträfen Instandhaltungsrücklagen, Verwaltungs- und  
ähnliche Kosten, die beide Eigentümer gemeinsam zu tragen  
hätten. Von diesen zwei Dritteln müsse sich die Klägerin  
die Hälfte (also ein Drittel des gesamten Wohngeldes) an-  
rechnen lassen. Nach dieser Berechnung könne die Klägerin  
für die fragliche Zeit insgesamt eine Nutzungsentschädigung  
von 2.597,32 DM beanspruchen. In Höhe von 1.612,48 DM sei  
ihre Forderung aber durch die von dem Beklagten (hilfswei-  
se) erklärte Aufrechnung erloschen. Dem Beklagten stehe  
nämlich eine Gegenforderung auf Zahlung von 1.612,48 DM zu,  
weil er die Kosten von 3.224,95 DM für eine notwendig ge-  
wordene Reparatur an der Toilettenanlage getragen habe.

Dieser vom Berufungsgericht vorgenommenen Berechnung liegt als Nutzungsregelung im Sinne des § 745 Abs. 2 BGB zugrunde, daß der Beklagte die Wohnung allein nutzen darf, zum Ausgleich aber die laufenden Belastungen allein tragen und an die Klägerin eine Nutzungsentschädigung in Höhe der Hälfte der Differenz aus der erzielbaren Miete und den von ihm getragenen Belastungen zahlen muß. Diesen aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Ansatzpunkt des Berufungsgerichts greift die Revision ebensowenig an wie die Annahme des Berufungsgerichts, die Forderung der Klägerin sei durch die von dem Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung in Höhe von 1.612,48 DM erloschen. Sie meint lediglich, als erzielbare Miete sei in die Berechnung nicht die Kostenmiete einzusetzen, sondern die für eine vergleichbare Wohnung auf dem freien Wohnungsmarkt erzielbare Miete. Außerdem müsse der Beklagte das Wohngeld und die Versicherungsprämie für die nun allein von ihm abgeschlossene Lebensversicherung selbst tragen. Damit kann die Revision keinen Erfolg haben.

2. Das Berufungsgericht legt seiner Berechnung zu Recht die Kostenmiete zugrunde. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist abzustellen auf den Mietwert der Wohnung (BGHZ 87, 265, 272 f; Senatsurteil vom 11. Dezember 1985 - IVb ZR 83/84 = FamRZ 1986, 436, 437). Es ist der Revision einzuräumen, daß sich der Mietwert einer Wohnung normalerweise danach bestimmt, zu welchem Mietzins eine vergleichbare Wohnung auf dem freien Wohnungsmarkt vermietet werden kann. Das gilt aber nur, wenn der Mietzins für die Wohnung, für die ein Nutzungsentgelt festgesetzt werden soll, frei ausgehandelt werden kann. Dagegen kann der Mietwert einer Wohnung, für die die erzielbare Miete durch

zwingende gesetzliche Regelungen nach oben begrenzt ist, nicht davon abhängen, wie eine vergleichbare Wohnung vermietet werden kann, für die eine solche Beschränkung nicht besteht.

Der Bau der Wohnung der Parteien ist u.a. mit Aufwendungshilfen gefördert worden. Um diese Mittel zu erhalten, mußten sich die Parteien im Sinne des § 88b Abs. 1 II. WohnungsbauG verpflichten, die geförderte Wohnung höchstens zu einem Entgelt zu vermieten oder sonst zum Gebrauch zu überlassen, das die zur Deckung der laufenden Aufwendungen erforderliche Miete (Kostenmiete) nicht übersteigt. Eine Vereinbarung, die ein höheres Entgelt für die Nutzung der Wohnung als die Kostenmiete enthält, ist nach § 88b Abs. 2 II. WohnungsbauG "insoweit unwirksam". Daraus ergibt sich, daß die Parteien kraft Gesetzes in einem Mietvertrag keinen höheren Mietzins für die Wohnung als die Kostenmiete wirksam vereinbaren könnten. Durch diese gesetzliche Beschränkung der Vermietbarkeit wird der Mietwert der Wohnung begrenzt.

a) Zu Unrecht meint die Revision, die Beschränkungen des § 88b II. WohnungsbauG beträfen nur Mietverträge zwischen den Eigentümern und Dritten, könnten aber nicht herangezogen werden zur Bemessung der Nutzungsentschädigung, die ein Ehegatte dem anderen zu zahlen habe, wenn beide Eigentümer seien und nur einer die Wohnung nutze. Es ist bereits ausgeführt, daß die Klägerin nach § 745 Abs. 2 BGB an sich nur die Zustimmung des Beklagten zu einer angemessenen Neuregelung der Nutzung der Wohnung verlangen kann und daß eine sofortige Klage auf Zahlung einer Nutzungsentschädi-

gung nur in einer bestimmten - hier vorliegenden - Fallgestaltung erhoben werden kann, wenn der Zahlungsanspruch lediglich das Ergebnis der angemessenen Neuregelung ist. Daraus ergibt sich, daß die Zahlungsklage nur auf eine Nutzungsregelung gestützt werden kann, die die Beteiligten wirksam vereinbaren könnten (so zutreffend MünchKomm-BGB/Karsten Schmidt aaO §§ 744, 745 Rdn. 31). Hätten die Parteien in einer Nutzungsvereinbarung ein Nutzungsentgelt vereinbart, das sich an der auf dem freien Wohnungsmarkt erzielbaren Miete orientiert, so wäre diese Nutzungsvereinbarung nach § 88b Abs. 1 und Abs. 2 II. WohnungsbauG insoweit unwirksam. Es kann in diesem Zusammenhang offen bleiben, ob eine solche Nutzungsvereinbarung als Mietvertrag zwischen der Eigentümergemeinschaft und einem ihrer Mitglieder (dem Beklagten) zu verstehen wäre (vgl. MünchKomm/Karsten Schmidt aaO §§ 744, 745 Rdn. 29 m.N.) oder als eine davon zu unterscheidende andere Vereinbarung über eine entgeltliche Nutzungsüberlassung. § 88 b Abs. 1 und Abs. 2 II. WohnungsbauG gilt nämlich nach seinem ausdrücklichen Wortlaut nicht nur für Mietverträge, sondern auch für andere Vereinbarungen, in denen die Wohnung gegen Entgelt zum Gebrauch überlassen wird.

b) Daß sich das Nutzungsentgelt bei geförderten Wohnungen nur an der Kostenmiete orientieren darf, ergibt sich auch aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. Mit § 88b II. WohnungsbauG soll erreicht werden, daß durch die Vermietung der geförderten und damit günstig finanzierten Wohnung keine unangemessenen Gewinne erzielt werden können (vgl. Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, § 88b II. WohnungsbauG Anm. 8 m.N.). Das Begehren der Klä-

gerin, die Nutzungsentschädigung an der auf dem freien Wohnungsmarkt erzielbaren Miete zu orientieren, bedeutet aber gerade, daß sie einen solchen gesetzwidrigen Gewinn erzielen will. Ihr Miteigentumsanteil ist mit staatlichen Vergünstigungen finanziert worden und sie will ein Nutzungsentgelt erzielen, als hätte sie ihn frei finanziert (für die Berechnung eines Nutzungsentgelts nach der Kostenmiete in dem ähnlich gelagerten Fall, daß das Familiengericht nach der HausratsVO eine preisgebundene Wohnung einem Ehegatten zur alleinigen Nutzung überträgt: Schwab/Maurer, Handbuch des Scheidungsrechts, 2. Aufl. VIII 157, 151; Johannsen/Henrich/Voelskow, Eherecht 2. Aufl. Anh. EheG § 3 HausratsVO Rdn. 9).

c) Die Revision weist zwar zutreffend darauf hin, daß für die Bemessung des zu zahlenden Nutzungsentgelts die erzielbare Miete nicht der einzige Maßstab ist, daß vielmehr auch die Besonderheiten des Einzelfalles (insbesondere solche, die sich als Nachwirkungen aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben) berücksichtigt werden können (vgl. Senatsurteil vom 11. Dezember 1985 aaO; Erman/Aderhold aaO § 745 Rdn. 6, jeweils m.N.). Solche auf den Einzelfall abgestellte Erwägungen können aber nur im Rahmen der vom Gesetz angeordneten Grenzen eine Rolle spielen. Sie rechtfertigen es nicht, eine vom Gesetz festgelegte Obergrenze für ein Nutzungsentgelt bei preisgebundenen Wohnungen zu überschreiten.

Der Hinweis der Revision, daß bei einer Berechnung der Nutzungsentschädigung nach der Kostenmiete die wirtschaftlichen Vorteile der Wohnungsförderung ausschließlich oder

jedenfalls nahezu ausschließlich dem Beklagten zugute kommen, vermag nichts zu ändern. Das dargelegte Ergebnis liegt in der Konsequenz der gesetzlichen Regelung. § 88b II. WohnungsbauG führt regelmäßig dazu, daß derjenige den wirtschaftlichen Vorteil hat, der die geförderte Wohnung tatsächlich bewohnt. Das ist z.B. auch dann der Fall, wenn der oder die Eigentümer aus persönlichen Gründen gezwungen sind, aus der Wohnung auszuziehen und sie - zur Kostenmiete - an einen Dritten zu vermieten. Auch in diesem Fall kommt nach der zwingenden gesetzlichen Regelung der wirtschaftliche Vorteil der Förderung dem Mieter zugute, obwohl sich aus dem Verhältnis der Parteien des Mietvertrages zueinander kein Sachargument dafür ergibt, daß der Mieter weniger Miete zahlen muß als für vergleichbare Wohnungen, die nicht preisgebunden sind, üblicherweise gezahlt wird.

3. Eine Erhöhung der Nutzungsentschädigung ist auch nicht - wie die Revision meint - deshalb gerechtfertigt, weil der Beklagte auch die im Souterrain gelegenen Räume benutzt und nach den Feststellungen des Berufungsgerichts "für die Räume im Souterrain ... keine Mittel von der WBK bewilligt" worden sind. Was diese Feststellung im einzelnen bedeutet, ist dem Berufungsurteil und dem Vortrag der Parteien nicht zu entnehmen. Üblicherweise werden solche Mittel bewilligt für den Bau bzw. den Erwerb der Wohnung insgesamt, nicht für einzelne Räume oder gar Nebenräume.

Es ist jedoch nicht erforderlich, dieser Frage weiter nachzugehen. Das Berufungsgericht hat - unangefochten - festgestellt, daß die Räume im Souterrain nicht gesondert von der übrigen Wohnung vermietet werden können.

4. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Prämie für die Lebensversicherung, die der Beklagte ab 1. Januar 1991 zur Sicherung der Finanzierung der Wohnung allein in seinem Namen abgeschlossen hat, als eine von beiden Eigentümern gemeinsam zu tragende Belastung angesehen. Es war von den Parteien gemeinsam von vornherein vorgesehen, den Erwerb der Wohnung u.a. mit Hilfe einer - allerdings auf den Namen beider Parteien abgeschlossenen - Lebensversicherung zu finanzieren. Die Prämien für eine solche Lebensversicherung waren dementsprechend in dem Finanzierungsplan der Parteien enthalten. Daß der Beklagte, nachdem die Versicherungsgesellschaft den die Klägerin betreffenden Teil der abgeschlossenen Lebensversicherung gekündigt hatte, weil die Klägerin die auf sie entfallende Versicherungsprämie nicht mehr gezahlt hatte, auf Betreiben der kreditgebenden Bank seine eigene Lebensversicherung entsprechend aufstocken mußte, um die ausgefallene Versicherung der Klägerin zu ersetzen, ändert nichts daran, daß es sich bei der nun vom Beklagten allein zu zahlenden Versicherungsprämie um Finanzierungskosten der Wohnung handelt. Die kreditgebende Bank hat mit Rücksicht auf die abgeschlossene Lebensversicherung auf Tilgungsleistungen verzichtet. Wird das gewährte Darlehen durch die Auszahlung der Versicherungssumme getilgt, so kann dem Umstand, daß die Klägerin wirtschaftlich betrachtet die Hälfte der angefallenen Versicherungsprämien gezahlt hat, dadurch Rechnung getragen werden, daß die Tilgung des Darlehens, obwohl sie durch eine im Namen des Beklagten abgeschlossene Lebensversicherung erfolgt, nicht zu einem Ausgleichsanspruch des Beklagten gegen die Klägerin nach § 426 BGB führt.

Der Revision ist allerdings einzuräumen, daß sich der Abschluß der Lebensversicherung allein durch den Beklagten für die Klägerin dann nachteilig auswirken kann, wenn die Versicherungssumme nicht zur Tilgung des aufgenommenen Darlehens genutzt wird, z.B. weil das Darlehen - eventuell im Zusammenhang mit einem Verkauf der Wohnung - vor der Auszahlung der Versicherungssumme auf andere Weise getilgt worden ist. In einem solchen Falle würde die Versicherungssumme an den Beklagten oder eine von ihm benannte Person ausgezahlt, obwohl die Klägerin einen Teil der Prämien tragen mußte. Daß für die Zukunft eine solche theoretische Möglichkeit besteht, rechtfertigt es aber nicht, den Beklagten schon heute mit diesem Teil der notwendigen Finanzierungskosten allein zu belasten. Ob - falls ein solcher Fall eintreten sollte - ein Ausgleich zwischen den Parteien stattzufinden hat und, wenn ja, auf welche Weise, braucht im vorliegenden Rechtsstreit nicht entschieden zu werden.

5. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist es auch, daß das Berufungsgericht einen Teil des vom Kläger gezahlten Wohngeldes als eine von den Eigentümern gemeinsam zu tragende Belastung der Wohnung behandelt hat. Das Wohngeld enthält Positionen (z.B. einen Beitrag zu einer Instandsetzungsrücklage), die nicht auf den Mieter bzw. Benutzer der Wohnung umzulegen sind (zur Abwälzbarkeit von Nebenkosten bei preisgebundenem Wohnraum vgl. Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 6. Aufl. Rdn. 150 und Emmerich/Sonnenschein, Miete, 6. Aufl. §§ 535, 536 BGB Rdn. 25). Die Revision beruft sich für ihre gegen-  
teilige Ansicht zu Unrecht auf ein Schreiben der Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin vom 3. November 1989 an den Be-

klagten. In diesem Schreiben heißt es (zutreffend), daß nach den §§ 20 ff der Neubaumietenverordnung "sämtliche Betriebskosten neben der Einzelmiete umzulegen sind". Die Revision befaßt sich aber nicht mit der Frage, welche Kosten als Betriebskosten im Sinne der Neubaumietenverordnung anzusehen sind. Nach § 20 Abs. 1 dieser Verordnung dürfen zusätzlich zu der Kostenmiete nur die Betriebskosten umgelegt werden, die sich aus § 27 der 2. Berechnungsverordnung ergeben. § 27 der 2. Berechnungsverordnung verweist auf Anl. 3 zu dieser Verordnung, in der die umlegbaren Betriebskosten (durchnummeriert von 1 - 17) im einzelnen aufgeführt sind. Die Kosten, die das Berufungsgericht nicht für umlegbar hält, sind in diesem Katalog nicht aufgeführt.

Das Berufungsgericht hat nach § 287 ZPO in zulässiger Weise geschätzt, welcher Anteil des Wohngeldes auf die umlegbaren Betriebskosten entfällt. Diese Schätzung des Berufungsgerichts ist in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt nachprüfbar, und zwar darauf, ob sich das Berufungsgericht seiner Schätzungsbefugnis und deren Grenzen bewußt war, ob die Schätzung auf ermessensfehlerhaften Erwägungen beruht, ob wesentliche Tatsachen außer acht gelassen worden sind oder ob gegen Denk- und Erfahrungssätze verstoßen wurde (vgl. MünchKomm-ZPO/Prütting, § 287 Rdn. 35; Zöllner/Greger, ZPO 18. Aufl. § 287 Rdn. 8 m.N. aus der Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs). Daß dem Berufungsgericht bei seiner Schätzung ein solcher revisionsrechtlich relevanter Fehler unterlaufen ist, zeigt die Revision nicht auf.

Blumenröhr

Krohn

Bundesrichter Nonnenkamp und  
Dr. Knauber sind im Urlaub  
und verhindert zu unterschreiben.

Blumenröhr

Gerber