

g) Vermögenseinkünfte; Wohnvorteile; Zuwendungen Dritter**27**

Zu den Einkünften aus Vermögen gehören Kapitalerträge (Zinsen und Dividenden) sowie Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung, jeweils mit ihren Nettobeträgen.²¹⁹ Zu berücksichtigen sind auch die Gebrauchsvorteile (§ 100) eines im Eigentum eines oder beider Ehegatten stehenden, selbst bewohnten Familienheims. Der Wert derartiger Nutzungsvorteile ist den Einkünften hinzuzurechnen, soweit er die Aufwendungen zur Finanzierung und die Grundstückskosten übersteigt, die nicht üblicherweise auf den Mieter umgelegt werden.²²⁰ Denn der Eigentümer lebt nur in Höhe der Differenz günstiger als ein Mieter. Während der Trennungszeit ist der **Vorteil mietfreien Wohnens** in der Regel allerdings nicht mit dem objektiven Mietwert, sondern nur in dem Umfang zu berücksichtigen, wie er sich als angemessene Wohnungsnutzung durch den in der Ehwohnung verbliebenen Ehegatten darstellt, wenn die Wohnung gemessen an den Einkommensverhältnissen der Ehegatten zu groß ist. Denn insoweit besteht grundsätzlich noch keine Obliegenheit, das Familienheim zu verwerten oder zu vermieten, weil es im Falle einer möglichen Versöhnung der Ehegatten weiterhin der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen soll. Mit Rücksicht darauf ist der Vorteil des mietfreien Wohnens nach der Trennung nur in dem Umfang zu berücksichtigen, wie die Wohnung für den dort verbliebenen Ehegatten angemessen ist. Deshalb ist auf die Miete abzustellen, die dieser auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für eine dem ehelichen Lebensstandard entsprechende kleinere Wohnung zahlen müsste.²²¹ Bei der **Bemessung der ersparten Miete** ist eine strikte Anknüpfung an durchschnittliche Mietkosten (sog Drittelobergrenze) nicht zulässig.²²²

28

Nach der **früheren Rspr. des BGH** sollte diese Bemessung des Wohnvorteils indes nicht mehr gelten, wenn eine Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr zu erwarten ist, etwa von der Zustellung des Scheidungsantrags an oder nach einer ehevertraglichen Regelung, durch die die Ehegatten die vermögensrechtlichen Folgen ihrer Ehe abschließend geregelt haben. Zur Begründung wurde angeführt, die mit der Kredittilgung für eine im Alleineigentum eines Ehegatten stehende Immobilie verbundene Vermögensbildung gehe von da an einseitig zulasten des unterhaltsberechtigten Ehegatten, weil dieser hiervon nicht mehr über den Zugewinnausgleich profitieren könne.²²³ Deshalb sollte auch während des Getrenntlebens einerseits vom objektiven Mietwert, andererseits von einer Außerachtlassung des Tilgungsanteils der Darlehensraten auszugehen sein, soweit diese nicht als Form der zusätzlichen Altersversorgung zu berücksichtigen sind (→ Rn. 17).²²⁴ Diese Abkehr von der bisherigen Rspr. ist mit beachtlichen Argumenten kritisiert worden.²²⁵ Sie steht zum einen nicht damit in Einklang, dass die ehelichen Lebensverhältnisse auch durch die Tilgungsleistungen eingeschränkt waren. Deren Nichtberücksichtigung hat deshalb zur Folge, dass der Bedarf des Unterhaltsberechtigten steigt,²²⁶ er sich also besser stellt als bei fortbestehender ehelicher Lebensgemeinschaft, und das, obwohl der volle Wohnwert als Vermögenswert noch nicht vorhanden ist, sondern durch fortschreitende Tilgungsleistungen erst erworben wird.²²⁷ Hinzu kommt, dass es der ausziehende Ehegatte in der Hand hat, durch Einleitung des Scheidungsverfahrens die Erhöhung seines Bedarfs (objektiver Mietwert, kein Abzug von Tilgungsleistungen) herbeizuführen.²²⁸

29

Inzwischen hat der **BGH** – im Rahmen einer zum Elternunterhalt ergangenen Entscheidung – eine **geänderte Betrachtungsweise** hinsichtlich der Tilgungsleistungen für das Familienheim für angezeigt gehalten. Insofern wird der Überlegung Rechnung getragen, dass es an einer Vermögensbildung „zulasten“ des Unterhaltsberechtigten fehlt, wenn und soweit den Tilgungsleistungen noch ein einkommenserhöhender Wohnwert aufseiten des Unterhaltspflichtigen gegenübersteht, und ferner, dass es ohne die Zins- und Tilgungsleistungen den Wohnvorteil in Form einer ersparten Miete nicht gäbe. Die Tilgungsleistungen werden deshalb zu Recht bis zur Höhe des Wohnwerts auf diesen angerechnet. Nur hinsichtlich eventueller darüber hinausgehender Tilgungsleistungen stellt sich die Frage einer Vermögensbildung des Unterhaltspflichtigen zulasten des anderen Ehegatten. Eine solche ist diesem im Rahmen und bis zur Höhe einer zusätzlichen Altersversorgung zuzubilligen. Nur die die anzuerkennende Altersversorgung übersteigenden Tilgungsleistungen haben unterhaltsrechtlich außer Betracht zu

bleiben.²²⁹ – Die Berücksichtigung von Tilgungsleistungen für ein Familienheim ist indessen nicht auf den Aszendentenunterhalt beschränkt. Richtigerweise muss aus den genannten Erwägungen grundsätzlich eine Anrechnung solcher Leistungen bis zur Höhe des Wohnwerts erfolgen. Das gilt jedenfalls, wenn und soweit sich die Verbindlichkeiten und die hieraus resultierenden Annuitäten in einer im Verhältnis zu den Einkünften angemessenen Höhe halten.²³⁰

30

Ob nicht gezogene Erträge, die bei anderer Vermögensverwendung hätten erzielt werden können, fiktiv als vorhanden anzusehen sind, richtet sich nach der Zumutbarkeit einer **Vermögensumschichtung**.²³¹ Die Art und Weise der Vermögensanlage unterliegt grundsätzlich der Disposition des Inhabers. Er hat es so anzulegen, dass es möglichst sichere und hohe Einkünfte erbringt. Bei eindeutig unwirtschaftlicher Anlage (zB Goldbarren, leerstehendes Haus) ist er auf eine ertragreichere Anlageform zu verweisen; in Höhe der daraus möglichen Erträge sind fiktive Einkünfte hinzuzurechnen.²³² Das gilt auch bei thesaurierenden Fonds.²³³ Auch der **Vermögensstamm** kann in Anlehnung an § 1581 S. 2 zur Erfüllung der Unterhaltungspflicht herangezogen werden, jedoch noch schonender und restriktiver als in den Fällen von § 1577 Abs. 3, weil noch nicht geschiedene Ehegatten verstärkt aufeinander Rücksicht nehmen müssen.²³⁴ Als **Inflationausgleich** dürfen Zinserträge zwecks Erhaltung der Kapitalsubstanz zur Aufrechterhaltung des Lebensstandards (→ Rn. 6) teilweise reinvestiert werden,²³⁵ sofern zum Unterhalt nicht ausnahmsweise der Vermögensstamm angegriffen werden muss. Von Mieteinkünften dürfen Rücklagen für notwendige Reparaturen und Modernisierungsmaßnahmegebildet werden.²³⁶ Zwecks Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstandards (zumal in höherem Alter) ist eine Teilveräußerung von beträchtlichem Immobilienbesitz jedoch unter Umständen zumutbar.²³⁷ Eine Existenzgefährdung ist aber regelmäßig nicht zumutbar.²³⁸ – Ein Pflichtteilsanspruch muss unter Umständen geltend gemacht werden.²³⁹

31

Freiwillige Zuwendungen Dritter sind anzurechnen, wenn dies der Zweckbestimmung des Dritten entspricht.²⁴⁰ Liegt keine ausdrückliche Willensbestimmung des Zuwendenden vor, lässt sie sich in der Regel aus den persönlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander schließen.²⁴¹ Ausschlaggebend ist, ob der Dritte außer dem ihm nahestehenden Zuwendungsempfänger auch den anderen Ehegatten begünstigen oder entlasten will. Bisher gemeinsames mietfreies Wohnen im elterlichen Haus eines Ehegatten hat trotz der Mietersparnis keinen Einkommenscharakter.²⁴² Zu bedarfsprägenden Wohnvorteilen → Rn. 27 f.; → § 1578 Rn. 134 ff. **Freiwillige Pflegeleistungen** erhöhen die Leistungsfähigkeit nur, wenn sie außer dem Unterhaltspflichtigen auch dem Unterhaltsberechtigten zugutekommen sollen.²⁴³ Zum Erbschaftserwerb → Rn. 4.

219 BGH NJW 1998, 753 = FamRZ 1998, 87 (88); *Niepmann/Schwamb* Rspr. zur Höhe des Unterhalts Rn. 573 ff., 681, 847.

220 BGH NJW 2009, 2523 = FamRZ 2009, 1300 unter Aufgabe der bisherigen Rspr., nach der zwischen verbrauchsunabhängigen und -abhängigen Kosten differenziert wurde; NJW 1992, 2477 = FamRZ 1992, 1045 (1049); NJW 1995, 1148 = FamRZ 1995, 291 (292); NJW 1998, 2821 = FamRZ 1998, 899 (901); BGHZ 154, 247 = NJW 2003, 2306 = FamRZ 2003, 1179 (1180); NJW 2007, 1974 Rn. 9 f. = FamRZ 2007, 879; NJW 2008, 1946 Rn. 11 = FamRZ 2008, 963.

221 BGH NJW 2013, 461 Rn. 24 = FamRZ 2013, 191; BeckRS 2012, 4471 = FamRZ 2012, 514; NJW 2008, 1946 Rn. 15 = FamRZ 2008, 963 (965); BGHZ 154, 247 = NJW 2003, 2306 = FamRZ 2003, 1179 (1180); NJW 2000, 284 = FamRZ 2000, 351 (353); NJW 1998, 2821 = FamRZ 1998, 899 (901).

222 NJW 1998, 2821 = FamRZ 1998, 899 (901 f.).

223 BGH NJW 2008, 1946 Rn. 18 f. = FamRZ 2008, 963; so auch *Gerhardt* FamRZ 2007, 945 ff.; *Gerhardt* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 1 Rn. 480.

224 Vgl. BGHZ 163, 84 (97) = NJW 2005, 3277 = FamRZ 2005, 1817: in Höhe von 4 % des Jahresbruttoeinkommens.

225 *Born* NJW 2009, 148; *Büttner* FamRZ 2008, 967 f.; *Graba* FF 2008, 253; *Juncker* FamRZ 2008, 1601; *Norpoth* FamRZ 2008, 2245; vgl. auch *Finke* FPR 2008, 94 ff.; grds. zust. dagegen *Griesche* NJW 2008, 1949.

226 So auch *Juncker* FamRZ 2008, 1601; *Finke* FPR 2008, 94 ff.; *Norpoth* FamRZ 2008, 2245. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass auch einseitige Vermögensbildung iRd Bedarfs nicht immer unbeachtlich ist; als Korrektiv einer unangemessenen Vermögensbildung wird ein objektiver Maßstab herangezogen, → Rn. 6.

227 Zu diesem Gesichtspunkt vor allem *Norpoth* FamRZ 2008, 2245 (2247 f.).

228 Vgl. insoweit auch *Born* NJW 2009, 148; *Büttner* FamRZ 2008, 967 (968).

229 BGHZ 213, 288 Rn. 33 ff. = NJW 2017, 1169 = FamRZ 2017, 519 (521 f.).

230 Vgl. BGH NJW 2018, 2638 Rn. 31 = FamRZ 2018, 1506 (1509). Zur Behandlung des Wohnvorteils, wenn ein Ehegatte den Miteigentumsanteil des anderen erwirbt: BGH NJW 2005, 2077 = FamRZ 2005, 1159; BGHZ 163, 84 = NJW 2005, 3277 = FamRZ 2005, 1817. Zur Behandlung des Erlöses bei Veräußerung einer selbst genutzten Immobilie → Rn. 12.

231 BGH NJW 2000, 2349 = FamRZ 2000, 950 (951); NJW 2001, 2259 = FamRZ 2001, 1140 (1143); NJW 2005, 2077 = FamRZ 2005, 1159 (1162); NJW 2006, 1794 Rn. 38 = FamRZ 2006, 387 (391); NJW 2009, 145 Rn. 19; idR ist ein Verzicht auf den Erwerb von Immobilien zugunsten von ertragreicheren Anlagen nicht zumutbar, insbesondere dann nicht, wenn Wohneigentum bereits die ehelichen Lebensverhältnisse prägt. Risikoreiche Anlageformen können nicht verlangt werden. Zu Einzelheiten vgl. *Niepmann/Schwamb* Rspr. zur Höhe des Unterhalts Rn. 848, 855; *Dose* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 1 Rn. 632 ff.

232 BGH NJW 2008, 57 Rn. 29 = FamRZ 2007, 1532; OLG Hamm FamRZ 1995, 1418 (1421); vgl. OLG Stuttgart FamRZ 1993, 559 (560).

233 BGH NJW 2008, 57 Rn. 29 = FamRZ 2007, 1532 (1535).

234 BGH BeckRS 2012, 4471 Rn. 36 = FamRZ 2012, 514; NJW-RR 2009, 289 Rn. 17 = FamRZ 2009, 307; NJW 2005, 433 = FamRZ 2005, 97 (99); NJW-RR 1986, 685 = FamRZ 1986, 556 (557); *Niepmann/Schwamb* Rspr. zur Höhe des Unterhalts Rn. 583 ff.; *Dose* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 1 Rn. 614 ff.; *Duderstadt* FamRZ 1998, 273 (277). Vgl. zum Maßstab während der Trennung auch BGH NJW 2008, 1946 Rn. 26 = FamRZ 2008, 963.

235 Zutr. OLG Saarbrücken FamRZ 1985, 477; OLG Stuttgart FamRZ 1985, 607; aA BGH NJW 1992, 1044 = FamRZ 1992, 423. Jede Stiftung reinvestiert pflichtgemäß einen Teil ihrer Erträge, um nicht im Laufe der Zeit auszubluten. Die Versagung eines Inflationsausgleichs widerspricht dem Grundsatz des schonendsten Zugriffs auf den Vermögensstamm unter noch nicht geschiedenen Ehegatten.

236 Nur für Instandsetzungskosten (Erhaltungsaufwand), nicht für wertsteigernde Ausbauten (welche der Vermögensbildung dienen): BGH NJW 2000, 284 = FamRZ 2000, 351 (354); NJW 1997, 735 = FamRZ 1997, 281 (283). Eine Orientierung bietet der Begriff der notwendigen Verwendungen iSv § 994. Aber auch Modernisierungen können mit allgemein steigendem Wohnkomfort erforderlich werden. Ihr Unterbleiben darf nicht dahin führen, dass ein Mietobjekt nicht mehr oder nur noch zu unrentablen Konditionen vermietbar ist. Zu steuerrechtlichen Abschreibungen → Rn. 18.

237 OLG Hamm FamRZ 1992, 1175 (1176).

238 BGH NJW-RR 1986, 685 = FamRZ 1986, 556 (557); s. aber OLG Schleswig FamRZ 1985, 809 m. abl. Anm. *Zieroth*: Pflicht zur Veräußerung eines unrentablen landwirtschaftlichen Betriebes. Nach der Scheidung ist eine Veräußerung eher zumutbar, OLG Koblenz FamRZ 1985, 812, nicht jedoch nach kurzer Trennungszeit, OLG Hamm FamRZ 1994, 895 (896).

239 BGH NJW 1982, 2771 = FamRZ 1982, 996 (997 f.) für den Unterhaltspflichtigen; NJW 1993, 1920 = FamRZ 1993, 1065 (1066) für den Unterhaltsberechtigten; NJW 2013, 530 Rn. 21 f. = FamRZ 2013, 278 bei der Inanspruchnahme auf Kindesunterhalt.

240 AllgM, BGH NJW-RR 2005, 945 = FamRZ 2005, 967 (969) für Gewährung eines zinslosen Darlehens durch die Eltern, für dessen Rückzahlung keine Zeit bestimmt ist; *Niepmann/Schwamb* Rspr. zur Höhe des Unterhalts Rn. 603 ff. Das gilt vice versa auch für Zuwendungen Dritter an den Unterhaltsberechtigten. Sie sollen den Unterhaltspflichtigen im Zweifel nicht entlasten. Zum Zusammenleben mit einem neuen Partner → Rn. 37.

241 BGH NJW-RR 2005, 945 = FamRZ 2005, 967 (969); NJW 1999, 2804 = FamRZ 2000, 153 (154); NJW 1995, 1486 = FamRZ 1995, 537 (538 f.).

242 OLG München FamRZ 1996, 169.

243 BGH NJW 1995, 1486 = FamRZ 1995, 537 für überobligatorische Pflege eines Schwerstbehinderten.

Zitiervorschläge:

MüKoBGB/Weber-Monecke BGB § 1361 Rn. 27-31

MüKoBGB/Weber-Monecke, 8. Aufl. 2019, BGB § 1361 Rn. 27-31