

zuzumuten, den Betrieb eines Kochstudios aufzugeben und sich um eine abhängige Beschäftigung zu bemühen. 5. Die nach einer Krise der Ehe vollzogene Trennung ist nicht als Ausbruch aus einer intakten Ehe anzusehen. Eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs wegen des Zusammenlebens mit einem Lebensgefährten kommt gemäß § 1579 Nr. 2 BGB erst nach einem Verfestigungszeitraum von 2 bis 3 Jahren in Betracht. Bis dahin steht einem Ehegatten für die Zeit der Trennung der volle Unterhalt zu. (*Leitsätze der Red.*)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.3.2016 – 3 UF 141/14 (AG Wuppertal)

Anm. der Red.: Es handelt sich um die Nachfolgeentscheidung zu BGH, Beschl. v. 30.9.2015 – XII ZB 1/15, FF 2016, 161. Vgl. dazu *Spangenberg*, Kriterien einer wirksamen Vereinbarung über Trennungsunterhalt, FF 2016, 152.

Aus den Gründen: Die Beschwerde des Antragsgegners ist überwiegend unbegründet, die Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin teilweise begründet.

1. Nach Zurückverweisung der Sache durch den Bundesgerichtshof im Beschl. v. 30.9.2015 (XII ZB 1/15) hat der Senat den konkreten Bedarf der Antragstellerin zu ermitteln, um ausgehend davon prüfen zu können, ob in der Unterhaltsvereinbarung im notariellen Ehevertrag vom 4.1.2005, in der der Trennungsunterhalt auf indexierte 3.370 EUR beschränkt wurde, ein gem. § 1614 Abs. 1 BGB unwirksamer Verzicht auf Zahlung von Trennungsunterhalt zu sehen ist. Wie sich aus der nachfolgenden Übersicht des konkreten Bedarfs der Antragstellerin ergibt, weicht dieser erheblich von der vom BGH grundsätzlich noch als angemessen angesehenen Unterschreitung von bis zu 20 % ab. Da auch die Grenze von einem Drittel, ab der eine Unterschreitung in der Regel nicht mehr zulässig ist, deutlich überschritten ist, ist die Vereinbarung zum Trennungsunterhalt insgesamt unzulässig, so dass die Antragstellerin vom Antragsgegner ihren vollen gesetzlichen Trennungsunterhaltsanspruch gem. § 1361 BGB verlangen kann.

2. Bei der Bemessung des ehelichen und nachehelichen Unterhalts ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Entscheidend ist derjenige Lebensstandard, der nach den ehelichen Lebensverhältnissen vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters als angemessen erscheint. Eine nach den Verhältnissen zu dürftige Lebensführung bleibt ebenso außer Betracht wie ein übertriebener Aufwand.

Die für das Maß des Unterhalts ausschlaggebenden ehelichen Lebensverhältnisse bestimmen sich grund-

Konkrete Bedarfsberechnung bei unwirksamer Vereinbarung von Trennungsunterhalt

→ *BGB §§ 1361, 1614 Abs. 1, 1579 Nr. 2, 7*

1. Bei der Bemessung des ehelichen und nachehelichen Unterhalts ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Die für das Maß des Unterhalts ausschlaggebenden ehelichen Lebensverhältnisse bestimmen sich dabei grundsätzlich nach den für den allgemeinen Lebensbedarf genutzten Einkünften.

2. Der für eine Korrektur unangemessener Vermögensbildung heranzuziehende Maßstab darf nicht dazu führen, dass der Boden der ehelichen Lebensverhältnisse verlassen wird und Vermögenseinkünfte als eheprägend zugrunde gelegt werden, die auch nach einem objektiven Maßstab nicht für die allgemeine Lebensführung verwendet worden wären.

3. Die unterhaltsberechtignte Ehefrau ist nicht verpflichtet, ihren Lebensstandard aufgrund des Zusammenlebens mit ihrem Lebensgefährten an ihre neue Lebenssituation anzupassen.

4. Steht der unterhaltsberechtignten Ehefrau ab der Scheidung aufgrund eines Ehevertrags ein Unterhaltsanspruch zu, der nicht um eigene Einkünfte zu reduzieren ist, so ist ihr nach Ablauf des Trennungsjahres bis zur wenige Monate später eintretenden Rechtskraft der Scheidung nicht

sätzlich nach den für den allgemeinen Lebensbedarf genutzten Einkünften. Um sowohl eine zu dürftige Lebensführung als auch einen übermäßigen Aufwand als Maßstab für die Ansprüche auf Trennungserhalt und nahehelichen Unterhalt auszuschließen, ist dabei ein objektiver Maßstab anzulegen. Der für eine Korrektur unangemessener Vermögensbildung heranzuziehende Maßstab darf allerdings nicht dazu führen, dass der Boden der ehelichen Lebensverhältnisse verlassen wird und Vermögenseinkünfte als eheprägend zugrunde gelegt werden, die auch nach einem objektiven Maßstab nicht für die allgemeine Lebensführung verwendet worden wären (vgl. BGH FamRZ 2007, 1532; OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 1392).

3. Nach diesen Grundsätzen ist von folgender Berechnung des Bedarfs auszugehen:

	1/12-7/12	8/12-9/12	10/12-5/13
	EUR	EUR	EUR
Wohnkosten	300,00		
Krankenversicherung	385,02	385,02	385,02
Selbstbeteiligung KV	38,17	38,17	38,17
Rezeptfr. Medikamente	50,00	50,00	50,00
Unfallversicherung	19,08	19,08	19,08
Lebensversicherung	27,00	27,00	27,00
Fonds Gerling	300,00	300,00	300,00
Telefon	100,00	100,00	100,00
TV, Zeitschriften usw.	72,50	72,50	72,50
Textilreinigung	70,00	70,00	70,00
Kleidung	2.000,00	2.000,00	2.000,00
Frisör	150,00	150,00	150,00
Kosmetik	200,00	200,00	200,00
Lebensmittel	500,00	500,00	500,00
Blumen	50,00	50,00	50,00
Geschenke	50,00	50,00	50,00
Medien (CD, Bücher)	50,00	50,00	50,00
Hausrat	100,00	100,00	100,00
Putzmittel, Bügeln usw.	200,00	200,00	200,00
Restaurantbesuche	500,00	500,00	500,00
Audi Vollversicherung	97,00	97,00	
Audi Steuer	40,00	40,00	

Benzin, Wäsche Auto	500,00	500,00	500,00
Leasing Audi	954,00	954,00	
Reparaturen, Wartung	100,00	100,00	
Versicherung Speedster	93,00	93,00	93,00
Urlaub	1.000,00	1.000,00	1.000,00
Oper, Theater, Kino	120,00	120,00	120,00
Sport	80,00	80,00	80,00
Fitnesstrainer	390,00	390,00	390,00
Sonnenbank	40,00	40,00	40,00
Hund	287,00	287,00	287,00
Rechtsberatung	-	-	-
Gesamtbedarf	8.862,77	8.562,77	7.371,77
gerundet	8.900,00	8.600,00	7.400,00

Die Tabelle bedarf folgender Erläuterungen:

a) Wohnkosten

Die von der Antragstellerin geltend gemachten Wohnkosten von monatlich 300 EUR bis 7/12 sind nicht zu beanstanden. Ob sie in dieser Höhe tatsächlich Hotelkosten hatte, kann dahinstehen. Soweit sie in dieser Zeit möglicherweise bei Bekannten oder gar schon bei ihrem Lebensgefährten gelebt hat, ist unerheblich. Es würde sich um eine freiwillige Leistung Dritter handeln, die den Unterhaltsschuldner nicht entlasten soll.

b) Krankenversicherung, Medikamente

Aus dem Komplex Versicherung/Medikamente sind lediglich der Selbstbehalt in der Krankenversicherung sowie der Eigenanteil an Medikamenten streitig. Die Antragstellerin hat in der Krankenversicherung einen Tarif mit einem jährlichen Selbstbehalt von 2.600 EUR (monatlich 216 EUR) und behauptet, in entsprechender Höhe Arztrechnungen selbst gezahlt zu haben. Sie hat hierzu in der Antragschrift Belege für Behandlungen in den Monaten 1-5/12 i.H.v. insgesamt 648,82 EUR vorgelegt. Auf ausdrücklichen Vortrag des Antragsgegners, dass sie sämtliche Kosten zu belegen habe, hat sie um Hinweis des Senats gebeten, falls dies erforderlich sei. Da Arztrechnungen üblicherweise schon deshalb gesammelt werden, um sie später ggf. bei der Krankenkasse einzureichen, kann grundsätzlich von einem Unterhaltsgläubiger verlangt werden, die Kosten zu belegen. Allerdings hat die Antragstellerin nachvollziehbar ausgeführt, dass sich aus den Arztrechnungen auch Rückschlüsse auf Erkrankungen ziehen lassen, die den Antragsgegner nichts angehen. Sie hätte aber wenigstens die Kosten auflisten können, um prüfen zu können,

ob sie tatsächlich Kosten i.H.v. 2.600 EUR jährlich hatte. Die Rechnungen hätte sie dann dem Senat im Termin zur Einsicht geben können oder Diagnosen schwärzen. Da Zweifel daran bestehen, ob sie die behaupteten Arztkosten überhaupt hatte, können diese nicht akzeptiert werden. Die belegten Kosten von 648,82 EUR sind daher auf 17 Monate (1/12–5/13) zu verteilen, so dass sie einen monatlichen Bedarf von lediglich 38,17 EUR hat. Allerdings bestand keine Verpflichtung, Rechnungen über sämtliche rezeptfreien Medikamente zu sammeln, weil diese offenbar nicht von der Krankenversicherung erstattet werden. Insoweit ist ihr Bedarf also der Schätzung zugänglich. Es bestehen keine Bedenken, die geltend gemachten 50 EUR monatlich zu akzeptieren.

c) Telefonkosten

Telefonkosten von rd. 200 EUR sind abweichend von der angefochtenen Entscheidung nicht hinreichend belegt, weil die eingereichten Rechnungen ausdrücklich einen Geschäftskundentarif betreffen, also die Firma der Antragstellerin. Sie hat lediglich einen Unterhaltsanspruch auf einen Privatkundentarif, der mit ca. 100 EUR zu schätzen ist.

d) Alltäglicher Aufwand, Kosmetik und Freizeit

Diese Ausgabenpositionen (TV, Textilreinigung, Frisör, Kosmetik, Lebensmittel, Blumen, Geschenke, Medien, Hausrat, Putzmittel, Restaurantbesuche) sind entgegen der Ansicht des Antragsgegners nicht im Einzelnen zu belegen, sondern der Schätzung zugänglich. Bei Anlegung eines objektiven Maßstabs und des luxuriösen Lebensstandards der Beteiligten während der Ehe sind die geltend gemachten Kosten nicht zu beanstanden. Allerdings hat die Antragstellerin lediglich einen Bedarf für Textilreinigung von 70 EUR geltend gemacht, so dass die Zubilligung eines Betrags von 200 EUR in der angefochtenen Entscheidung unzutreffend ist.

e) Kleidung

Keine Bedenken bestehen gegen die von der Antragstellerin verlangten Kosten für Kleidung von monatlich 2.000 EUR, die angesichts der glaubhaft vorgetragenen Ausgaben in den Jahren 2009 bis 2011 von 84.660 EUR sogar noch moderat sind. Entgegen der Ansicht des Antragsgegners war die Antragstellerin nicht verpflichtet, ihre während der Ehe angeschafften hochwertigen Kleidungsstücke während der Trennungszeit „aufzutragen“. Vielmehr dient der Trennungsunterhalt dazu, den ehelichen Lebensstandard auch in der Trennungszeit fortführen zu können. Die Ehe der Beteiligten war davon geprägt, dass die Antragstellerin regelmäßig hochwertige und der aktuellen Mode entsprechende Kleidungsstücke getragen hat, so dass sie bei Anlegung eines objektiven Standpunkts dieses Konsumverhalten fortsetzen durfte. Dass sie dies rückblickend betrachtet möglicherweise nicht in dem ge-

wohnten Umfang gemacht hat, lag auch daran, dass die tatsächlichen Unterhaltszahlungen des Antragsgegners es nicht erlaubt haben, diese hohen Ausgaben zu tätigen.

f) Fahrzeugkosten

Dass das Amtsgericht die Leasingkosten für den Audi Q5 bis 10/12 akzeptiert hat, ist nicht zu beanstanden. Zunächst ist unerheblich, dass die Antragstellerin nach der Trennung in 2/12 einen neuen Vertrag abgeschlossen hat, weil sie bereits während der Ehe einen gleichwertigen Wagen geleast hat, dessen Vertrag ausgelaufen ist. Es hat daher die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt, dass sie mit einem Audi Q5 fährt.

Zwar handelt es sich dabei um ein Fahrzeug, dessen Kosten in der Gewinn- und Verlustrechnung des Betriebs der Antragstellerin berücksichtigt wurden, jedoch ist unstrittig, dass sie dieses auch zu privaten Zwecken genutzt hat. Die Berücksichtigung in der Gewinn- und Verlustrechnung lässt den Unterhaltsanspruch nicht entfallen, weil die Antragstellerin im Jahr 2012 auch ohne die Pkw-Kosten keinen Gewinn erwirtschaftet hätte. Das Fahrzeug musste daher aus privaten Mitteln finanziert werden, über die allein der Antragsgegner verfügt hat.

Der Fahrzeugbedarf der Antragstellerin wurde auch nicht durch die Zurverfügungstellung des Porsche Speedster gedeckt, weil es sich dabei um einen Oldtimer handelt, der nicht für Alltagsfahrten geeignet ist. Für solche Zwecke wurde er auch während der Ehe nicht genutzt, weil die Antragstellerin zusätzlich immer noch über ein weiteres Fahrzeug verfügte.

Abweichend von der angefochtenen Entscheidung waren die Kosten aber nicht bis 10/12 zuzusprechen, sondern nur bis 9/12, da die Antragstellerin vorgetragen hat, sie habe den Leasingvertrag für den Audi Q5 zum 21.9.2012 beenden können. Auf diesen Monat hat eigentlich auch das Amtsgericht abgestellt (III. 5.).

g) Reisen

Zu dem Reisebedarf von monatlich 1.000 EUR, den die Antragstellerin plausibel dargestellt hat, hat der Antragsgegner lediglich bestritten, dass derartige Ausgaben privat veranlasst waren. Er will damit offenbar sagen, dass die Antragstellerin ihn auf geschäftlichen Reisen begleitet hat, er diese also steuerlich geltend gemacht hat. Die steuerliche Berücksichtigung betrifft aber nur seine eigenen Kosten, nicht aber die einer Begleitperson, so dass es sich für die Antragstellerin um private Urlaubsfahrten gehandelt hat.

h) Restaurantbesuche

Die gleiche Argumentation gilt auch für den monatlich geltend gemachten Bedarf von 500 EUR für Restaurantbesuche, soweit der Antragsgegner die private Veranlassung bestreitet. Im Übrigen ist die Höhe der Aufwendungen nicht zu beanstanden.

i) Sport, Fitnesstraining

Die Antragstellerin hat durch Vorlage von Rechnungen belegt, für Fitnesstraining monatlich 390 EUR ausgegeben zu haben, und angesichts der luxuriösen Lebensverhältnisse der Beteiligten war es auch nicht zu beanstanden, dass sie sich einen Privattrainer geleistet hat.

j) Hund

Auch die Kosten für den Hund i.H.v. monatlich 287 EUR sind angemessen. Der Antragsgegner rügt insoweit lediglich, dass diese nicht belegt wurden, was jedoch nicht verlangt werden kann, weil es sich um alltägliche Kosten handelt. Er hat jedenfalls nicht bestritten, dass der Hund aufgrund einer Allergie spezielles Hundefutter benötigt, weswegen die geltend gemachten Kosten durchaus plausibel sind.

k) Rechtsberatungskosten

Rechtsberatungskosten macht die Antragstellerin ausdrücklich für die vorgerichtliche Beratung ihrer Auseinandersetzungen mit dem Antragsgegner geltend, nicht für die Kosten der gerichtlichen Auseinandersetzungen. Ob wegen solcher Kosten ein Erstattungsanspruch überhaupt besteht (vgl. hierzu *Kleinwegener*, FamRZ 1992, 755) und dieser im Wege des Unterhalts geltend gemacht werden kann, kann dahinstehen. Vor dem Hintergrund, dass die (vorgerichtliche) Geschäftsgebühr gem. Teil 3 Vorbem. 3 Abs. 4 S. 1 VV RVG zur Hälfte auf die Verfahrensgebühr angerechnet wird, wäre Vortrag zu sämtlichen Kosten sowohl vor als auch in den jeweiligen Verfahren erforderlich gewesen, um zu sehen, welche der ohnehin nur pauschal vorgetragenen Rechtsberatungskosten tatsächlich von der Antragstellerin zu zahlen waren. Auch ohne den ausdrücklich beantragten Hinweis des Senats wäre die Antragstellerin aufgrund des Bestreitens des Antragsgegners hierzu verpflichtet gewesen.

4. Da sich die Antragstellerin aufgrund der Unwirksamkeit des notariellen Ehevertrags auf den gesetzlichen Unterhaltsanspruch nach § 1361 BGB beruft, sind abweichend von der vertraglichen Vereinbarung **bedarfsdeckende Einkünfte** in Abzug zu bringen.

Im Jahr 2012 hatte die Antragstellerin ausweislich der für dieses Jahr vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnung einen betrieblichen Verlust von 19.536,30 EUR erlitten. Auch wenn dieser nach obigen Ausführungen um die Pkw-Kosten i.H.v. 13.775,68 EUR zu korrigieren ist, verbleibt ein Verlust, so dass ihr in diesem Jahr keine bedarfsdeckenden Einkünfte zuzurechnen sind.

Im Jahr 2013 hatte sie einen steuerlichen Verlust i.H.v. 4.178,73 EUR, der jedoch unterhaltsrechtlich nicht zu akzeptieren ist, weil das **Trennungsjahr abgelaufen** ist und sie daher verpflichtet war, ihre Arbeitstätigkeit so weit auszuweiten, dass sie einer **vollschichtigen Er-**

werbstätigkeit entspricht. Dass ihr bisheriger Zeitaufwand für ihr Kochstudio keiner vollen Arbeitszeit entsprach, wurde mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung am 12.1.2016 besprochen und ist bereits aufgrund der zeitintensiven Reisen, die die Beteiligten während des Zusammenlebens gemeinsam gemacht haben, naheliegend. Entgegen den Ausführungen im Schriftsatz der Antragstellerin vom 23.2.2016 folgert der Senat daraus nicht zwingend, dass sie ihren Betrieb hätte aufgeben und sich um eine abhängige Beschäftigung hätte bemühen müssen. Dies wäre ihr angesichts der am 7.6.2013 eingetretenen Rechtskraft der Scheidung für die wenigen Monate im Jahr 2013 nicht zuzumuten gewesen. Denn ab der Scheidung stand ihr aufgrund des Ehevertrags ein Unterhaltsanspruch zu, der nicht um eigene Einkünfte zu reduzieren war. Es ist stattdessen zu schätzen, wie hoch ihr Gewinn gewesen wäre, wenn sie sich mit **voller Arbeitskraft ihrem Kochstudio gewidmet** hätte. Der Senat schätzt das bereinigte **Nettoeinkommen** auf monatlich **2.000 EUR**, um die sich ihr Bedarf reduziert.

5. Entgegen der Ansicht des Antragsgegners hat die Antragstellerin ihren Unterhaltsanspruch **nicht verwirkt**. Aufgrund ihrer Schilderung in der eidesstattlichen Versicherung vom 8.12.2012, die sich der Antragsgegner sogar teilweise zu eigen gemacht hat, ist spätestens seit dem Sommer 2011 von einer **Krise der Ehe** auszugehen, so dass die im Dezember 2011 vollzogene Trennung **nicht als Ausbruch aus einer intakten Ehe** gewertet werden kann. Als Indiz für die sich anbahnende Krise ist beispielsweise zu werten, dass nach den unwidersprochenen Angaben der Antragstellerin die Beteiligten zuletzt im Juni 2011 geschlechtlich miteinander verkehrt haben und sie im Zeitraum davor regelmäßig Geschlechtsverkehr hatten.

6. Abweichend von der angefochtenen Entscheidung entfällt der weitergehende Unterhaltsanspruch nicht ab 3/13. Sie ist nicht verpflichtet, ihren **Lebensstandard** aufgrund des **Zusammenlebens mit ihrem Lebensgefährten** an ihre neue Lebenssituation anzupassen. Vielmehr kann ein solcher Umstand **nur bei Verfestigung einer Lebensgemeinschaft gem. § 1579 Nr. 2 BGB** zu einer Verwirkung des Unterhaltsanspruchs führen, wobei in der Regel von einem Verfestigungszeitraum von **2–3 Jahren** auszugehen ist, der noch nicht abgelaufen war. Bis dahin steht einem Ehegatten für die Zeit der Trennung der volle Unterhalt zu. Da die Rechtskraft der Scheidung abweichend von der Erwartung des Amtsgerichts erst am 7.6.2013 eingetreten ist, kann der Trennungsunterhalt entsprechend der Anschlussbeschwerde jedenfalls bis einschließlich 5/13 verlangt werden.

7. Nach der Berechnung gemäß obiger Tabelle hat die Antragstellerin einen Bedarf von insgesamt 138.700 EUR (7×8.900 EUR, 2×8.600 EUR, 8×7.400 EUR). Hier-von abzuziehen sind bedarfsdeckende Einkünfte i.H.v. 10.000 EUR (5×2.000 EUR).

Zu **Zahlungen ...** (*wird ausgeführt*)

Der noch zu zahlende Unterhalt berechnet sich daher wie folgt:

Gesamtbedarf	138.700,00 EUR
Bedarfsdeckende Einkünfte	- 10.000,00 EUR
Zahlungen	- 15.560,95 EUR
Zahlungen auf eA von 6/12–4/13	- 37.070,00 EUR
Zahlung auf eA für 5/13	- 3.370,00 EUR
verbleiben	72.699,05 EUR

8. Was den titulierten **Zinsanspruch** anbelangt, war zu berücksichtigen, dass Zinsen nur mit der Anschluss-beschwerde betreffend den Zeitraum 3/13–5/13 geltend gemacht wurden, nicht aber mit dem erstinstanzlichen Zahlungsantrag. Die jeweiligen Zinsen waren aus einem verbleibenden Betrag von 2.030 EUR (7.400 EUR Bedarf – 2.000 EUR bedarfsdeckende fiktive Einkünfte – 3.370 EUR Zahlung auf eA) zu zahlen.

9. Die **Kostenentscheidung** folgt aus § 243 FamFG. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin bestehen keine Bedenken, eine **einheitliche Kostenentscheidung für alle Instanzen** zu treffen. Die Verfahrenswerte des erstinstanzlichen Verfahrens und des (ersten) Beschwerdeverfahrens sind nahezu identisch, so dass das endgültige Obsiegen und Unterliegen beide Instanzen betrifft. Das Rechtsbeschwerdeverfahren kann nicht nur auf die Frage reduziert werden, ob sich die Antragstellerin mit ihrer Rechtsansicht durchgesetzt hat. Sie hat beim Bundesgerichtshof ausdrücklich ihr Begehren bezüglich des Trennungsunterhalts weiterverfolgt, so dass sich auch die Kosten des **Rechtsbeschwerdeverfahrens nach der schlussendlichen Obsie-gensquote** richten. Nichts anderes gilt für die Kosten des (zweiten) Beschwerdeverfahrens vor dem Senat. Zwar hat sich der Verfahrenswert um den zwischenzeitlich erledigten Rückzahlungsanspruch reduziert, jedoch hing auch dieser ebenso wie der Unterhaltsanspruch von der Höhe des zu zahlenden Unterhaltsanspruchs ab.

10. Die Entscheidung über die **sofortige Wirksamkeit** ergibt sich aus § 116 Abs. 3 S. 3 FamFG.

11. Es besteht **kein Anlass, erneut die Rechtsbeschwerde zuzulassen.**

Mitgeteilt von *Dr. Norbert Moritz*, Richter
am OLG, Düsseldorf