
Datum: 26.03.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: II-8 UF 109/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0326.II8UF109.10.00

Vorinstanz: Amtsgericht Essen-Borbeck, 12 F 119/09
Schlagworte: Trennungsunterhalt; Verwirkung; Ausbrechen aus intakter Ehe; sexuelle Verweigerung

Normen: §§ 1361, 1579 Nr. 2, Nr. 7 BGB

Leitsätze:

1. Ein Ausbrechen aus einer intakten Ehe ist als ein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig beim Berechtigten liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten im Sinne des § 1579 Nr. 7 BGB anzusehen.
2. Der für ein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig beim Berechtigten liegendes Fehlverhalten und damit auch für das mangelnde Intaktsein der Ehe die Darlegungs- und Beweislast tragende Verpflichtete hat nur solche konkreten Gegenvorwürfe auszuräumen, die von ihrem Gewicht her geeignet sind, dem Fehlverhalten des Berechtigten den Charakter eines einseitigen Fehlverhaltens zu nehmen.
3. Hierzu gehört aber der erhebliche und ausreichend konkretisierte Vorwurf der Berechtigten, der Verpflichtete habe seit Jahren sexuelle Kontakte zwischen ihnen verweigert, zumal wenn die Parteien unstreitig seit mehreren Jahren nicht mehr sexuell miteinander verkehrt haben, ohne dass hierfür objektive Gründe - etwa ein altersbedingter Verzicht - ersichtlich sind.

Tenor:

Auf die Berufungen der Parteien wird das am 11. Mai 2010 verkündete Urteil des Amtsgerichts – Familiengericht - Essen-

Borbeck teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.262,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 366,00 EUR seit dem 01.06.2009 sowie aus je 316,00 EUR seit dem 01.07., 01.08., 01.09., 01.10., 01.11. und 01.12.2009 zu zahlen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an den Beklagten einen Betrag von 4.698,00 EUR zu zahlen.

Im Übrigen werden Klage und Widerklage abgewiesen.

Die weitergehenden Berufungen werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen werden der Klägerin zu 4/5 und dem Beklagten zu 1/5 auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e

(abgekürzt gem. § 540 ZPO)

Die Parteien streiten um Trennungsunterhalt für die Zeit ab Juni 2009.

Die Parteien haben am 30.08.1978 geheiratet. Aus der Ehe sind die inzwischen volljährigen Kinder Daniel, geb. 21.03.1985, und Mario, geb. 11.01.1987, hervorgegangen. Die Parteien trennten sich am 05.06.2009. Die Klägerin, die spätestens seit Anfang Mai 2009 eine außereheliche Beziehung zu dem Zeugen L hatte, ist aus der ehedem gemeinsamen Wohnung ausgezogen. Bis zur Anmietung einer eigenen Wohnung am 01.12.2009 wohnte sie vorübergehend bei dem Zeugen L. Das Scheidungsverfahren ist unter dem Aktenzeichen 12 F 121/11 beim AG Essen-Borbeck anhängig.

Die am 12.05.1959 geborene Klägerin ist gelernte Modistin. Während der Zeit des ehelichen Zusammenlebens versorgte sie die Kinder und den Haushalt. Daneben war sie zeitweilig als Aushilfe in einem Bekleidungsgeschäft geringfügig beschäftigt. Der am 19.03.1952 geborene Beklagte ist von Beruf Diplom-Finanzwirt und arbeitete bis Dezember 2007 als beamteter Betriebsprüfer mit der Besoldungsgruppe A 12. Seit Januar 2008 befindet er sich im Ruhestand und erhält eine Beamtenversorgung. Er besitzt zusammen mit seiner Schwester in ungeteilter Erbengemeinschaft mehrere Immobilien in F mit insgesamt 33 Wohnungen.

Durch Beschluss vom 14.09.2009 hat das Amtsgericht den Beklagten im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, ab Juni 2009 Trennungsunterhalt in monatlicher Höhe von 450,00 EUR an die Klägerin zu zahlen. Der Beklagte zahlte im Juni 2009 darauf 400,00 EUR und anschließend bis November 2011 monatlich 450,00 EUR.

Das Amtsgericht hat nach umfangreicher Zeugenvernehmung durch die angefochtene Entscheidung den Beklagten zur Zahlung von Trennungsunterhalt verurteilt und die auf Rückzahlung gezahlten Unterhalts gerichtete Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat das Amtsgericht ausgeführt, der Beklagte habe im Jahr 2009 Einkünfte aus seiner Rente

1

2

3

4

5

6

7

sowie aus der Vermietung von Immobilien in Höhe von monatlich 3.869,00 EUR gehabt. Nach Abzug von Darlehensraten sei ein bereinigtes Nettoeinkommen in Höhe von 2.236,92 EUR monatlich verblieben. Demgegenüber müsse sich die Klägerin im Hinblick auf Ziff. 6.1 und 6.2 der HLL ein fiktives Einkommen in Höhe von 500,00 EUR aufgrund ihres Zusammenlebens mit dem Zeugen L anrechnen lassen. Im Jahr 2010 habe der Beklagte aufgrund des Steuerklassenwechsels ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 3.483,00 EUR gehabt. Nach Abzug verschiedener Positionen sei ein bereinigtes Nettoeinkommen in Höhe von 2.390,00 EUR verblieben. Der Klägerin sei, da sie nun eine eigene Wohnung gehabt habe und sich nur gelegentlich bei dem Zeugen L aufgehalten habe, nur noch ein fiktives Einkommen in Höhe von 150,00 EUR zuzurechnen. Bis zum Ablauf des Trennungsjahres im Mai 2010 schulde der Beklagte Trennungsunterhalt in monatlicher Höhe von 1.120,00 EUR. Danach sei die Klägerin zu einer eigenen Berufstätigkeit verpflichtet. Gesundheitliche Einschränkungen, die der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit entgegenstehen, seien nicht ersichtlich. Bei entsprechender Anstrengung sei sie in der Lage, monatlich 800,00 EUR zu verdienen. Nach Abzug des Erwerbstätigenbonus sei ihr ein Einkommen von 686,00 EUR zuzüglich des Versorgungsentgelts in Höhe von 150,00 EUR, mithin monatlich 836,00 EUR zuzurechnen. Dies führe zu einem Anspruch auf Trennungsunterhalt in Höhe von monatlich 777,00 EUR. Die Unterhaltsansprüche der Klägerin seien auch nicht verwirkt. Der Klägerin falle nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kein offensichtliches schwerwiegendes Fehlverhalten zur Last. Die Klägerin habe zwar schon vor der Trennung ein Verhältnis zu dem Zeugen L aufgenommen. Die Ehe der Parteien sei zu diesem Zeitpunkt jedoch bereits gestört gewesen.

Hiergegen richten sich die wechselseitigen Berufungen der Parteien. Der Beklagte trägt vor, das Gericht habe sein Einkommen fehlerhaft berechnet. Um ihm den steuerlichen Vorteil der aus der Vermietung resultierenden AfA zu erhalten, sei die Steuerlast fiktiv zu berechnen. Unrichtig sei auch, dass das Amtsgericht die Darlehensraten für die ING Diba und das Privatdarlehen Köthe nicht berücksichtigt habe. Die Darlehen hätten der Finanzierung des Lebensstils beider Parteien während der Ehe gedient. Darüber hinaus seien die die Aufwendungen für Lebens- und Unfallversicherung zu berücksichtigen. Der Klägerin sei auch über das Jahr 2009 hinaus aufgrund gemeinsamer Haushaltsführung mit dem Zeugen L ein fiktives Einkommen in Höhe von 500,00 EUR zuzurechnen. Die Klägerin treffe auch schon vor Ablauf des Trennungsjahres eine Erwerbsobliegenheit. Der Unterhaltsanspruch sei im Übrigen verwirkt, da die Klägerin aus einer intakten Ehe ausgebrochen sei. 8

Der Beklagte beantragt abändernd, 9

1. die Klage abzuweisen, 10
2. widerklagend, die Klägerin zu verurteilen, an ihn den monatlich seit dem 01.08.2009 in Höhe von je 450,00 EUR gezahlten Unterhalt zurückzuzahlen. 11

Die Klägerin beantragt, 12

1. die Berufung des Beklagten zurückzuweisen, 13
2. abändernd den Beklagten zu verurteilen, an sie für den Zeitraum vom 01.06. bis 31.12.2009 einen Unterhaltsrückstand in Höhe von 9.450,08 EUR zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 1.671,44 EUR seit dem 01.06. und 01.07.2009 und aus jeweils 1.221,44 EUR seit dem 01.08., 01.09., 01.10., 01.11. und 01.12.2009, 14

3. abändernd den Beklagten zu verurteilen, an sie beginnend mit Januar 2010 monatlichen Trennungsunterhalt in Höhe von 1.723,64 EUR zu zahlen, fällig zum jeweils Monatsersten, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem jeweils Monatsersten, abzüglich laufender Zahlungen von 450,00 EUR.	
Der Beklagte beantragt,	16
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	17
Die Klägerin trägt vor, die Zurechnung eines fiktiven Versorgungsentgelts sei nicht möglich, da sie nicht den Haushalt des Zeugen L geführt habe. Nachdem sie eine eigene Wohnung angemietet habe, wasche sie nur noch ihre Wäsche bei dem Zeugen L. Das Amtsgericht habe das fiktive Erwerbseinkommen zu hoch angesetzt. Sie leide an verschiedenen Krankheiten, die zu einer Einbuße der körperlichen Beweglichkeit geführt hätten. Ihr sei ein Grad der Behinderung von 30 bescheinigt. Sie habe auf dem Arbeitsmarkt keine reale Chance. Es könne ihr deshalb allenfalls ein Einkommen in Höhe von 400 EUR monatlich zugerechnet werden. Ein Ausbruch aus intakter Ehe habe nicht vorgelegen, da man sich auseinandergelebt habe.	18
Der Senat hat die Zeugen L sowie Daniel und T2 vernommen und außerdem Beweis erhoben gemäß Beschluss vom 21.03.2011 durch Einholung eines arbeitsmedizinischen Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll nebst Berichterstattevermerk vom 21.03.2011 sowie auf das Gutachten und das Ergänzungsgutachten des Sachverständigen Dr. O verwiesen.	19
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	20
II.	21
Die zulässigen wechselseitigen Berufungen der Parteien haben nur teilweise Erfolg. Der Anspruch der Klägerin auf Trennungsunterhalt ist bis auf einen Restbetrag in Höhe von 2.262,00 EUR bereits durch die auf die einstweilige Anordnung geleisteten Zahlungen des Beklagten erfüllt, § 362 BGB. Im Wege der Widerklage kann der Beklagte wegen der erfolgten Zahlungen Rückzahlung überzahlten Unterhalts in Höhe von 4.698.00 EUR von der Klägerin verlangen.	22
1. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Trennungsunterhalt gem. § 1361 BGB nur für die Zeit von Juni 2009 bis September 2011. Für die Folgezeit ist der Anspruch auf Trennungsunterhalt gem. § 1361 i.V.m. § 1579 Nr. 2 BGB verwirkt.	23
a) In der Zeit von Juni 2009 bis Dezember 2009 steht der Klägerin rechnerisch ein Anspruch auf Trennungsunterhalt gem. § 1361 BGB in Höhe von 7 x 766,00 EUR = 5.362,00EUR zu. Dieser Anspruch ist durch die in diesem Zeitraum erfolgten monatlichen Zahlungen des Beklagten in Höhe von insgesamt 3.100,00 EUR erloschen, § 362 BGB, so dass nur noch ein restlicher Anspruch in Höhe von 2.262,00 EUR besteht. Der Anspruch auf Verzinsung der jeweils fälligen monatlichen Unterhaltsbeträge ergibt sich aus §§ 286, 288 BGB	24
aa) Nach § 1361 BGB kann bei Getrenntleben der nach den Lebensverhältnissen und den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Ehegatten angemessene Unterhalt verlangt werden, dessen Höhe allerdings durch die Leistungsfähigkeit des Un-	25

terhaltsverpflichteten begrenzt wird.

(1) Der Beklagte verfügte in diesem Zeitraum über ein bedarfsbestimmendes durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 3.327,68 EUR, das sich aus seinen Versorgungsbezügen als Ruhestandsbeamter sowie seinen Einkünften aus Vermietung zusammensetzt. 26

Der Beklagte hatte im Jahr 2009 ein Bruttoeinkommen aus Versorgungsbezügen in Höhe von insgesamt 32.688,00 EUR. Hinzu kommen die Erlöse aus der Vermietung von Immobilien vor Steuern in Höhe von 10.878,17 EUR. Der Senat legt zur Berechnung der Einkünfte aus Vermietung, da es sich vorliegend um zurückliegende Zeiträume handelt, die durchschnittlichen Einnahmen der Jahre 2009 bis 2011 zugrunde. Ausweislich der vorgelegten Steuererklärungen hatte der Beklagte unter Berücksichtigung des auf ihn neben dem auf seine Schwester entfallenden hälftigen Anteils im Jahr 2009 Einkünfte aus Vermietung in Höhe von 662,00 EUR. Im Jahr 2010 belief sich der auf ihn entfallende Anteil auf 17.181,00 EUR und im Jahr 2011 auf 14.791,50 EUR. Zur Berechnung der aus Vermietung resultierenden Einkünfte hat der Senat einerseits entsprechend Ziff. 1.6.1 HLL die vom Beklagten in steuerlicher Hinsicht geltend gemachten AfA-Beträge für die Gebäude nicht abgesetzt, d.h. diese Beträge den in den Steuererklärungen ausgewiesenen Einnahmen wieder hinzugerechnet, andererseits aber die steuerlich geltend gemachten Erhaltungsaufwendungen auch bei der Einkommensermittlung unterhaltsrechtlich berücksichtigt. Der Beklagte hat nämlich - ohne dass dem die Klägerin, die ohnehin die für das Jahr 2008 geltend gemachten Aufwendungen akzeptiert hatte, dem substantiiert entgegengetreten wäre – unter Vorlage der entsprechenden Belege vorgetragen, dass aufgrund des schlechten baulichen Zustandes der Immobilien die geltend gemachten Aufwendungen erforderlich geworden und auch getätigt worden sind. 27

Das sich daraus für das Jahr 2009 ergebende Bruttoeinkommen des Beklagten in 28

in Höhe von insgesamt 43.566, 17 EUR (32.688,00 + 10.878,17) führt bei einer Versteuerung nach der Splittingtabelle im Trennungsjahr 2009 zu einem Nettoeinkommen in Höhe von 39.932,17 EUR im Jahr, bzw. wie oben dargestellt in Höhe von 3.327,68 EUR im Monatsdurchschnitt. Bei der fiktiven steuerlichen Berechnung der gesamten unterhaltsrechtlich zu berücksichtigenden Einkünfte des Beklagten aus den Versorgungsbezügen sowie aus Vermietung hat der Senat nach Abzug der in dem vom Beklagten vorgelegten Steuerbescheid ausgewiesenen Freibeträge, Vorsorgeaufwendungen und Sonderausgaben zunächst ein zu versteuerndes Einkommen in Höhe von 31.753,17 EUR errechnet und die Beträge für die darauf entfallende Einkommensteuer, den Solidaritätszuschlag und die Kirchensteuer in Höhe von 3.360,00 EUR, 104,00 EUR und 170,00 EUR vom Bruttoeinkommen in Abzug gebracht. 29

Das sich daraus errechnende monatsdurchschnittliche Nettoeinkommen des Beklagten in Höhe von 3.327,68 EUR ist um Abzugsbeträge in Höhe von insgesamt 1.561,94 EUR zu bereinigen, so dass dem Beklagten im Jahr 2009 ein für den Unterhalt zur Verfügung stehendes Einkommen in Höhe von monatsdurchschnittlich 1.765,74 EUR verblieben ist. Der Senat hat als Abzugsbeträge die monatsanteiligen 30

Leistungen für die Krankenversicherung Debeka in Höhe von 391,85 EUR, für eine Unfallversicherung in Höhe von 18,75 EUR, für eine sekundäre Altersvorsorge in Höhe von 136,65 EUR berücksichtigt. Ferner hat der Senat die vom Beklagten auf verschiedene Darlehen geleisteten Kreditraten in Abzug gebracht. Der Beklagte hat dazu in der mündlichen Verhandlung im Einzelnen vorgetragen, dass diese Kreditraten die ehelichen 31

Lebensverhältnisse geprägt hätten. Die zugrundeliegenden Darlehen seien zur Finanzierung des aufwändigen Lebensstils während des ehelichen Zusammenlebens verwandt worden. Dem hat die Klägerin nicht substantiiert widersprochen. Im Einzelnen hat der Senat daher Beträge in Höhe von 269,60 EUR (Santander-Bank), 236,42 EUR (X), 263,06 EUR (INGDiba) und 245,61 EUR für ein Darlehen der Schwester des Beklagten (Darlehen "Köthe") in Abzug gebracht. Hinsichtlich der beiden letztgenannten Darlehensraten hat der Senat für den Zeitraum Juni bis Dezember 2009 Durchschnittsbeträge gebildet.

(2) Aus Seiten der Klägerin kann indessen unterhaltsrechtlich kein Einkommen zugrunde gelegt werden. 32

Unstreitig verfügte die Klägerin nicht über eigene Erwerbseinkünfte. Sie hatte ihre ohnehin nur geringfügige Beschäftigung als Aushilfe in einem Bekleidungsgeschäft bereits vor der Trennung der Parteien aufgegeben. Sie traf auch keine Erwerbsobliegenheit, denn der Unterhaltsberechtigte kann während des Getrenntlebens nur unter engeren Voraussetzungen als nach der Scheidung auf eine Erwerbstätigkeit verwiesen werden. Im ersten Trennungsjahr trifft den vor der Trennung längere Zeit nicht erwerbstätigen Ehegatten jedenfalls bei einer - wie hier - nicht kurzen Ehe keine generelle Obliegenheit zur Erwerbstätigkeit oder deren Ausweitung. Nach eigener Darstellung des Beklagten war die Klägerin bereits seit dem Jahr 2007 nicht mehr berufstätig, so dass ihr - unabhängig von den von ihr behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen - nach der Trennung noch keine Erwerbstätigkeit zugemutet werden konnte. 33

Der Klägerin kann nach Auffassung des Senats auch kein fiktives Versorgungsentgelt zugerechnet werden. Gern. Ziff. 6.1 HLL kann zwar für die unentgeltliche Führung des Haushalts eines leistungsfähigen Dritten, insbesondere eines neuen Partners, eine angemessene Vergütung fingiert werden und als Einkommen zu berücksichtigen sein. Die Klägerin hat zwar unstreitig im Jahr 2009 eine gewisse Zeit bei dem Zeugen L gewohnt. Gleichwohl kommt entgegen der Auffassung des Beklagten die Zurechnung einer fiktiven Vergütung für die Haushaltsführung nicht in Betracht. Die insoweit beweisbelastete Klägerin (vgl. Palandt-Brudermüller, BGB, 71. Aufl., § 1361 Rn. 72) hat den Vortrag des Beklagten, sie habe dem Zeugen L Versorgungsleistungen erbracht und müsse sich dafür eine Vergütung anrechnen lassen, widerlegt. Der Zeuge L hat ihre Behauptung, jeder habe für sich gewirtschaftet und den anderen lediglich im jeweiligen Haushalt unterstützt, bestätigt. Der Zeuge T hat ebenfalls ausgesagt, die Klägerin habe keine Versorgungsleistungen für den Zeugen L erbracht, während der Zeuge T2 dazu keine konkreten Angaben machen konnte. Der Senat hält die Aussagen der Zeugen L und T für glaubhaft. 34

(3) Der Klägerin steht demnach zwar grundsätzlich die Hälfte der Differenz der beiderseitigen Einkommen, mithin - da unterhaltsrechtlich ein Einkommen auf Seiten der Klägerin nicht zu berücksichtigen ist - die Hälfte des bereinigten Nettoeinkommens des Beklagten zu. Das sind rechnerisch 882,87 EUR (1.765,74 EUR/2). Allerdings ist der Anspruch der Klägerin durch die Leistungsfähigkeit des Beklagten begrenzt auf 765,74 EUR bzw. gerundet 766,09. EUR pro Monat. Gern. Ziff. 21.4.1 HLL 2009 betrug der Selbstbehalt des pflichtigen Ehegatten gegenüber dem Unterhaltsberechtigten 1.000 EUR monatlich, so dass nur der übersteigende Teil des bereinigten Nettoeinkommens des Beklagten für den Ehegattentrennungsunterhalt einzusetzen ist. Wie oben dargelegt beträgt das bereinigte Nettoeinkommen des Beklagten monatlich 1.765,74 EUR, von dem der Beklagte selbst einen Anteil von 1.000 EUR behalten darf. 35

bb) Der Anspruch der Klägerin ist entgegen der Auffassung des Beklagten nicht gem. § 1361 Abs. 3 i.V.m. § 1579 Nr. 7 BGB verwirkt. Der für das Vorliegen eines Verwirkungsgrundes 36

darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat seinen gegen die Klägerin gerichteten Vorwurf, sie sei aus einer intakten Ehe ausgebrochen, nicht bewiesen. Allerdings wäre ein solches Ausbrechen aus einer intakten Ehe als ein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig beim Berechtigten liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten im Sinne der Vorschrift anzusehen.

Unstreitig hatte die Klägerin schon vor ihrem Auszug am 05.06.2009 eine intime Beziehung zu dem Zeugen L aufgenommen und war damit aus der Ehe ausgebrochen. Es lässt sich indessen nicht feststellen, dass die Ehe seinerzeit noch intakt war. In diesem Zusammenhang verkennt der Senat nicht, dass das Intaktsein der Ehe nicht schon durch den bloßen Vortrag der Klägerin in Frage gestellt wird, die Ehe sei lieblos gewesen bzw. sie sei auf die Rolle als Hausfrau und Mutter reduziert worden. Gleiches gilt für die Behauptung, sie und der Beklagte hätten sich weitgehend auseinandergelebt (vgl. dazu Wendl/Dose-Gerhardt, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., § 4 Rn. 750). Der für ein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig beim Berechtigten liegendes Fehlverhalten und damit auch für das mangelnde Intaktsein der Ehe die Darlegungs- und Beweislast tragende Verpflichtete hat vielmehr nur solche konkreten Gegenvorwürfe auszuräumen, die von ihrem Gewicht her gesehen geeignet sind, dem Fehlverhalten des Berechtigten den Charakter eines einseitigen Fehlverhaltens zu nehmen. Um eine solche Fallkonstellation handelt es sich aber hier: Denn der Beklagte hat den erheblichen und ausreichend konkretisierten Vorwurf der Klägerin, er habe seit Jahren sexuelle Kontakte zwischen ihnen verweigert, nicht widerlegt. Die Parteien haben unstreitig seit mehreren Jahren nicht mehr sexuell miteinander verkehrt, ohne dass hierfür objektive Gründe – etwa ein altersbedingter Verzicht – ersichtlich sind. Während der Beklagte dies damit erklärt hat, dass man einvernehmlich auf geschlechtliche Kontakte verzichtet habe, hat die Klägerin konkret dargelegt, dass der Beklagte diese Kontakte trotz wiederholter Aufforderungen ihrerseits abgelehnt habe. Sie habe dem Beklagten ausdrücklich erklärt, dass sie sexuelle Kontakte vermisse und ihr etwas fehle, worauf der Beklagte jedoch nicht reagiert habe. Schließlich habe sie resigniert und auf weitere Aufforderungen verzichtet. Demgegenüber hat der Beklagte für seine gegenteilige Behauptung keinen Beweis angeboten. Soweit er des weiteren behauptet hat, er und die Klägerin hätten vielfältige gemeinsame Aktivitäten ausgeübt, gemeinsam Feste besucht und gesellschaftliche Kontakte gepflegt, vermag dies ein mangelndes Intaktsein aufgrund verweigerter sexueller Kontakte nicht in Zweifel zu ziehen. Auch sein Einwand, die Klägerin habe das gemeinsame Schlafzimmer deswegen verlassen, weil er geschnarcht habe, ist nicht geeignet, den Vortrag der Klägerin zu widerlegen, zumal das getrennte Schlafen keineswegs bedeutet, dass die Eheleute notwendigerweise auch auf sexuelle Kontakte verzichten. Das vom Beklagten gezeichnete Bild einer nach außen harmonisch wirkenden Ehe stellt die Behauptung der Klägerin, die Ehe sei aus dem genannten Grund nichtmehr intakt gewesen, gerade nicht in Frage. Gleiches gilt für den unter Beweis gestellten Vortrag, die Klägerin habe mit ihrer Arbeit aufgehört, um nach dessen Pensionierung mehr Zeit mit dem Beklagten verbringen zu können.

cc) Auch eine Verwirkung gem. § 1361 Abs. 3 i.V.m. § 1579 Nr. 2 BGB kommt aus den nachfolgenden Erwägungen zu b) bb) nicht in Betracht. 38

b) Im Jahr 2010 steht der Klägerin kein weiterer Anspruch auf Zahlung von Trennungsunterhalt zu. Der sich rechnerisch ergebende Anspruch in Höhe von monatlich rd. 363,00 EUR ist durch die erfolgten Unterhaltszahlungen des Beklagten bereits erfüllt. 39

aa) Der der Klägerin im Jahr 2010 zustehende Unterhaltsanspruch wird durch die Leistungsfähigkeit des Beklagten in Höhe von monatlich 362,87 EUR begrenzt. 40

(1) Der Beklagte verfügte im Jahr 2010 über ein bereinigtes Nettoeinkommen, das für den Unterhalt einzusetzen war, in Höhe von lediglich 1.362,87 EUR. Unter Berücksichtigung eines Selbstbehalts von 1.000 EUR monatlich bestand eine Leistungsfähigkeit des Beklagten lediglich in Höhe von 362,87 EUR. 41

Der Beklagte verfügte im fraglichen Jahr über ein durchschnittliches unterhaltsrelevantes monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 3.324,01 EUR. Er hatte neben seinem Einkommen aus Versorgungsbezügen in Höhe von insgesamt 33.018,00 EUR weitere Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, deren Höhe sich – wie oben dargelegt - nach dem Durchschnitt der Jahre 2009 bis 2011 auf jährlich 10.878,17 EUR belief. Von dem Gesamtbruttoeinkommen im Jahr 2010 in Höhe von 43.896,17 EUR errechnet sich nach Abzug der im Steuerbescheid für das Jahr 2010 ausgewiesenen Freibeträge und Sonderausgaben ein fiktives zu versteuerndes Einkommen in Höhe von 23.745,17 EUR, dessen Besteuerung für das Jahr 2010 - anders als noch im Trennungsjahr 2009 - fiktiv nach der Grundtabelle vorzunehmen war. Nach Abzug der Einkommensteuer, des Solidaritätszuschlages und der Kirchensteuer von dem o.g. Bruttoeinkommen des Beklagten (43.896,17 - 3.741,00 – 166,00 - 101,00) errechnet sich ein Nettoeinkommen in Höhe von 39.888,17 EUR im Jahr bzw. in Höhe von 3.324,01 EUR monatsanteilig. Dieses Nettoeinkommen ist um Abzugspositionen für die Krankenversicherung bei der Debeka (416,92 EUR), Unfallversicherung (18,75 EUR), sekundäre Altersvorsorge (136,65 EUR), Kreditrate Santander-Bank (269,60 EUR), Kreditrate X (durchschnittlich 272,75 EUR), Darlehensrate „Köthe“ (429,81 EUR) und die Kreditrate ING Diba (416,66 EUR) zu bereinigen. Mithin ergibt sich ein unterhaltsrelevantes Nettoeinkommen in Höhe von monatlich 1.362,87 EUR. 42

(2) Auf Seiten der Klägerin kann demgegenüber ein fiktives Einkommen nicht berücksichtigt werden. 43

Das Trennungsjahr war erst im Mai 2010 abgelaufen, so dass - wie oben dargelegt - von der Klägerin unabhängig von einer etwaigen Einschränkung ihrer Erwerbsfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen bis dahin keine Erwerbstätigkeit erwartet werden konnte. Für den weiteren Zeitraum des Jahres 2010 ist nach dem Vorbringen der Klägerin davon auszugehen, dass sie infolge einer Hüftoperation im Juni 2010 und der sich daran anschließenden Reha-Maßnahme an einer Erwerbstätigkeit gehindert war. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass sie wegen Problemen mit der Hüfte seit dem Jahr 2009 in ärztlicher Behandlung gewesen sei. 44

Eine Hüftoperation sei im Juni 2010 erfolgt. Danach habe es ca. 6 Monate gedauert, bis sie wieder habe laufen können. An den Krankenhausaufenthalt habe sich eine Reha-Maßnahme angeschlossen. Der Beklagte hat bestätigt, dass die Klägerin Probleme mit ihrer Hüfte gehabt habe, und ist dem Vortrag der Klägerin, der auch durch die Feststellungen des Sachverständigen Dr. O bestätigt wird, im Übrigen nicht entgegengetreten. 45

bb) Ein sich rechnerisch aufgrund der eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Beklagten ergebender Unterhaltsanspruch der Klägerin in Höhe von 363,00 EUR wäre auch nicht verwirkt. In Betracht kommt über den bereits oben erörterten – abgelehnten – Verwirkungsgrund hinaus lediglich eine Verwirkung gem. § 1361 Abs. 3 BGB i.V.m. § 1579 Nr. 2 BGB. Danach ist ein Unterhaltsanspruch zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten grob unbillig wäre, weil der Berechtigte in einer verfestigten Lebensgemeinschaft lebt. Dies ist nach Auffassung des Senats vorliegend aber für das Jahr 2010 noch nicht anzunehmen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Verfestigung einer Lebensgemeinschaft regelmäßig erst nach 2 bis 3 Jahren 46

anzunehmen (Palandt-Brudermüller, a.a.O., § 1579 Rn. 12 a m.w.Nw.). Soweit der Beklagte meint, eine Verfestigung sei auch schon vor Ablauf dieses Zeitraums anzunehmen, weil die Klägerin mit dem Zeugen L in einer Unterhaltsgemeinschaft gelebt habe, vermag dem der Senat nicht zu folgen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin mit dem Zeugen in einer häuslichen Gemeinschaft lebte oder lebt. Der Zeuge L hat übereinstimmend mit dem Zeugen T ausgesagt, man lebe in verschiedenen Wohnungen, besuche sich wechselseitig und unterstütze sich lediglich bei der täglichen Hausarbeit. Diese Lebensweise entspricht aber nicht dem Bild einer Unterhaltsgemeinschaft.

cc) Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Trennungsunterhalt ist aber gem. § 362 BGB erloschen. Unstreitig hat der Beklagte auf die einstweilige Anordnung im gesamten Jahr 2010 einen monatlichen Unterhalt in Höhe von 450,00 EUR an die Klägerin geleistet. Damit hat er – wie dargelegt – mehr gezahlt, als er zu leisten verpflichtet war, denn der Unterhaltsanspruch der Klägerin betrug wegen der eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Beklagten nur 363,00 EUR monatlich. 47

c) Der für die Zeit von Januar 2011 nur noch bis September 2011 bestehende Anspruch der Klägerin auf Trennungsunterhalt (vgl. dazu weiter unten) in monatlicher Höhe von 144,00 EUR ist ebenfalls bereits durch Erfüllung erloschen. 48

aa) Der Beklagte verfügte in diesem Zeitraum über ein bedarfsprägendes monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 3.173,58 EUR. Neben seinen Versorgungsbezügen in Höhe von insgesamt 32.043,82 EUR im Jahr 2011 hatte er auf ihn entfallende Einkünfte aus Vermietung in Höhe von 10.878,17 EUR. Insgesamt belief sich sein Bruttoeinkommen damit auf 42.921,99 EUR. 49

Abzüglich der Freibeträge und der aus dem Jahr 2010 fortgeschriebenen Sonderausgaben laut Einkommensteuerbescheid verfügte er über ein zu versteuerndes Einkommen in Höhe von 26.252,99 EUR. Daraus ergab sich eine fiktiv zur Berechnung des Unterhalts zugrunde zu legende Steuerlast in Höhe von insgesamt 4.839,00 EUR (4.477,00 EUR Einkommensteuer laut Grundtabelle, 225,00 EUR Kirchensteuer und 137,00 EUR Solidaritätszuschlag). Von dem sich daraus errechnenden Nettoeinkommen in Höhe von insgesamt 38.082,99 EUR im Jahr bzw. 3.173,58 EUR monatlich sind Bereinigungspositionen in Höhe von insgesamt 1.979,31 EUR in Abzug zu bringen. Es handelt sich dabei im Einzelnen um die Krankenversicherung Debeka in Höhe von 416,92 EUR, die Unfallversicherung in Höhe von 18,75 EUR, die sekundäre Altersvorsorge in Höhe von 136,65 EUR, die Kreditrate Santander-Bank in Höhe von 269,60 EUR, die Kreditrate X in Höhe von 290,92 EUR, die Kreditrate ING-DiBa in Höhe von 416,66 EUR und die Rate auf das Darlehen „Köthe“ in Höhe von 429,81 EUR. Es verbleibt damit ein bereinigtes Nettoeinkommen in Höhe von monatlich 1.194,27 EUR. 50

bb) Für das Jahr 2011 können auf Seiten der Klägerin allerdings eigene Erwerbseinkünfte fiktiv zugerechnet werden. Nach Ablauf des Trennungsjahres und einer Übergangszeit bis zum Ende des Jahres 2010 ist von der Klägerin unterhaltsrechtlich die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu verlangen. Unstreitig hat sie keine Erwerbsbemühungen entfaltet, obwohl sie nach dem eingeholten Sachverständigengutachten trotz erheblicher gesundheitlicher Einschränkungen in der Lage ist, einer vollschichtigen Tätigkeit nachzugehen. Allerdings kommen nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. O nur leichte körperliche Tätigkeiten in wechselnder Körperhaltung in Betracht. Hinzu kommt das Alter der Klägerin, die im Jahr 2011 bereits 52 Jahre alt war und während der Ehe nicht regelmäßig, sondern nur zeitweilig und aushilfsweise gearbeitet hatte. Schließlich ist davon auszugehen, dass reale Beschäftigungschancen in ihrem erlernten Beruf als Modistin nicht 51

bestehen und insoweit für sie lediglich Tätigkeiten als Verkäuferin, wie von ihr bisher schon ausgeübt, in Betracht kommen. Ob der Klägerin allerdings ein eigenes Einkommen in Höhe von 400,00 EUR oder darüber hinausgehend in Höhe von bis zu 800,00 EUR oder - wie der Beklagte meint - sogar mehr im Monat zuzurechnen ist, kann letztlich offenbleiben. Ein sich rechnerisch ergebender höherer Bedarf der Klägerin führt schon mangels ausreichender Leistungsfähigkeit des Beklagten nicht zu einem höheren Unterhaltsanspruch als 144,27 EUR. Nur dieser Betrag verbleibt dem Beklagten nach Abzug eines Selbstbehalts von nunmehr 1.050,00 EUR (Ziff. 21.4 HLL 2011). Ein Unterhaltsbedarf in Höhe von 144,27 EUR würde lediglich dann unterschritten, wenn man der Klägerin ein höheres Nettoeinkommen als mtl. 1.056 EUR zurechnete ($[1.194,27 - 1.056 \times 6/7] \times \frac{1}{2} = \text{rd. } 144$). Dies erscheint angesichts der gesundheitlichen Einschränkungen aber gänzlich unrealistisch.

cc) Der Unterhaltsanspruch der Klägerin ist in dem Zeitraum von Januar bis September 2011 noch nicht gem. § 1361 Abs. 3 BGB i.V.m. § 1579 Nr. 3 BGB verwirkt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist – wie dargelegt – die Verfestigung einer Lebensgemeinschaft regelmäßig erst nach 2 bis 3 Jahren anzunehmen (Palandt-Brudermüller, a.a.O., § 1579 Rn. 12 a m.w.Nw.), so dass in dem o.g. Zeitraum die unstreitig zwischen der Klägerin und dem Zeugen L immer noch bestehende Beziehung noch nicht zu einer verfestigten Lebensgemeinschaft erstarkt war. 52

dd) Der Anspruch der Klägerin auf monatlichen Trennungsunterhalt in Höhe von 144,00 EUR ist aber wiederum durch Erfüllung erloschen, denn der Beklagte hat unstreitig an die Klägerin monatlich 450,00 EUR geleistet. 53

d) In der sich anschließenden Zeit ab Oktober 2011 steht der Klägerin jedoch kein Trennungsunterhaltsanspruch mehr zu. Es kann dahinstehen, in welcher Höhe sich rechnerisch ein Unterhaltsanspruch der Klägerin ergeben könnte. Da die Klägerin ab Oktober 2011 bereits für die Dauer von 2,5 Jahren mit dem Zeugen L in einer verfestigten Lebensgemeinschaft zusammengelebt hatte, ist nunmehr der Verwirkungstatbestand gem. § 1361 BGB i.V.m. § 1579 Nr. 2 BGB erfüllt. 54

Dies hat zur Folge, dass der Unterhaltsanspruch zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen ist, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten grob unbillig wäre. Dies führt nach den hier gegebenen Umständen dazu, dass für die Zeit ab Oktober 2011 jegliche weitere Inanspruchnahme des Beklagten unter Abwägung der Belange beider Parteien als ungerechtfertigt erscheint. 55

2. Der Beklagte hat einen Anspruch gem. § 812 BGB auf Rückzahlung zuviel geleisteten Unterhalts in Höhe von 4.698,00 EUR. Da der Beklagte seinen Rückzahlungsanspruch mit der Widerklage rechtshängig gemacht hat, kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, den geleisteten Unterhalt verbraucht zu haben, § 819 Abs. 4 BGB. Der Beklagte hat unstreitig seit Juli 2009 monatliche Zahlungen in Höhe von 450,00 EUR geleistet. Im Juni 2009 ist eine Zahlung in Höhe von 400,00 EUR erfolgt. 56

a) Die im Jahr 2009 erbrachten Zahlungen reichten – wie dargelegt – zur Erfüllung des geschuldeten Unterhalts in Höhe von monatlich 766,00 EUR nicht aus, so dass insoweit kein Rückzahlungsanspruch besteht. 57

b) Anders verhält es sich für die nachfolgenden Zeiträume, in denen die Zahlungen des Beklagten ganz bzw. teilweise nicht geschuldet waren, mithin ohne rechtlichen Grund erfolgt sind, so dass er das Geleistete zum Teil zurückverlangen kann. 58

Im Jahr 2010 hat der Beklagte monatlich 87,00 EUR zuviel gezahlt (450,00 — 363,00), so dass er insgesamt 1.044,09 EUR (12 x 87,00) zurückverlangen kann. Im 60

Jahr 2011 steht dem Beklagten ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von 2.754,00 EUR zu, da 61 er in dem Zeitraum von Januar bis September 2011 monatlich 306,00 EUR (450,00 — 144,00) zuviel geleistet hat. Schließlich kann der Beklagte die weiteren beiden für Oktober und November 2011 gezahlten Beträge in Höhe von jeweils 450,00 EUR zurückverlangen.

3. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision 62 gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Danach ist die Revision nur zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Der vorliegende Rechtsstreit betrifft sowohl bezüglich der Fragen der Erwerbsobliegenheit der Klägerin als auch hinsichtlich des Verwirkungseinwandes des Beklagten lediglich eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche, über den vorliegenden Fall hinausgehende Bedeutung. Da der Senat nicht von der Rechtsprechung des BGH oder anderer Oberlandesgerichte abweicht, ist die Revision auch nicht zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung erforderlich.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen 63 Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708, 711, 713 ZPO.