

**Dokumentnummer:** 13uf155\_11  
**letzte Aktualisierung:** 22.06.2012

**OLG Oldenburg**, 19.3.2012 - 13 UF 155/11

BGB § 1579

**Keine Verwirkung des Unterhaltsanspruches durch „einseitiges Ausbrechen aus intakter Ehe“**

1. Allein das „einseitige Ausbrechen aus intakter Ehe“ rechtfertigt nicht die Annahme einer Verwirkung des Unterhaltsanspruchs nach § 1579 Nr. 7 BGB.
2. Eine „verfestigte Lebensgemeinschaft“ im Sinne von § 1579 Nr. 2 BGB kann bei Vorliegen besonderer Umstände auch schon nach Ablauf des ersten Trennungsjahres angenommen werden.

## Gründe

### I.

Die Beteiligten sind seit Ende September 2010 getrennt lebende Ehegatten. Die Antragstellerin ist seinerzeit zu ihrem neuen Lebensgefährten Herrn B... gezogen, bei dem sie seitdem lebt und dem sie den Haushalt führt. Die Antragstellerin macht Trennungsunterhalt ab Dezember 2010 geltend. Die Beteiligten haben am 15.6.2000 geheiratet. Für beide ist es die zweite Ehe. Gemeinsame Kinder sind aus ihr nicht hervorgegangen. Die Beteiligten streiten insbesondere darum, ob der Unterhaltsanspruch der Antragstellerin durch Ausbruch aus einer intakten Ehe verwirkt ist.

Die Antragstellerin hat erstinstanzlich beantragt, ihr für den Monat Dezember 2010 1.130,54 € und - nach Steuerklassenänderung - ab Januar 2011 monatlichen Unterhalt von 940 € zuzuerkennen. Der Antragsgegner hat Abweisung des Antrags beantragt.

Das Amtsgericht hat den Antragsgegner verpflichtet, für die Zeit von Dezember 2010 bis September 2011 (bis zum Ende des ersten Trennungsjahrs) 4.100 €, d.h. monatlich 410 € zu zahlen. Dabei hat es den Unterhalt wegen Verwirkung auf diesen Betrag herabgesetzt. Für die Zeit danach sei der Unterhalt gänzlich verwirkt. Das Amtsgericht hat die Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Bei dem Antragsgegner sei ein Einkommen von 2.972,16 € zugrunde zu legen, die Antragstellerin müsse sich ein fiktives Betreuungsentgelt von 425 € anrechnen lassen. Der Quotenunterhaltsanspruch betrage daher rund 1.090 € ( $3/7 \times [2.972 \text{ €} - 425 \text{ €}]$ ). Dieser Anspruch sei gemäß §§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 7 BGB teilweise verwirkt: Dass die Ehefrau eine intime Lebensgemeinschaft mit Herrn B...begründet habe, stelle ein schwerwiegendes Fehlverhalten dar. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin könne die Ehe bis zur Trennung nicht als gescheitert angesehen werden, auch wenn man die streitigen Umstände als gegeben unterstellte, nämlich ihre Vorwürfe, der Ehemann habe sie unter Alkoholeinfluss öfter als „Miststück“ bezeichnet, er habe in Streitgesprächen geäußert, sie solle ausziehen, wenn sie es bei einem anderen besser habe, er habe eine Freundin der Antragstellerin bei Festen als seine Ehefrau vorgestellt, er habe sich Gesprächen mit der Erklärung entzogen, wichtige Fernsehsendungen sehen zu müssen, er habe sie nach der Rückkehr aus der Reha (August 2010) gefragt, wie viele Männer sie gehabt und wie viel Geld sie ausgegeben habe. Ein Ausbruch aus einer intakten Ehe erfordere nicht, dass diese vollintakt und spannungsfrei sei; allein aus dem Umstand, dass es Spannungen und Streit gab, könne nicht geschlossen werden, dass die Ehe schon gescheitert gewesen sei. Gegen eine bereits gescheiterte Ehe sprächen die von der Antragstellerin geschilderten Umstände, dass sich der Antragsgegner bei ihr entschuldigte und sie zum Essen einlud, wenn er sie beleidigt hatte, dass die Eheleute noch im Sommer mehrfach Geschlechtsverkehr hatten und gemeinsam an der Maifeier, einem Schützenfest und zwei Geburtstagen von Kindern teilnahmen. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners sei der Unterhalt aber nicht von Anfang an vollständig zu versagen. Der Antragsgegner habe ein sehr gutes Einkommen und wohne in einer eigenen Immobilie. Die Antragstellerin habe kein eigenes Einkommen und ihr müsse nach zehn Jahren Ehe die Möglichkeit gegeben werden, sich auf die neue Situation einzustellen. Sie könne daher im ersten Trennungsjahr einen Mindestbedarf von 770 € entsprechend dem Selbstbehalt für Nichterwerbstätige geltend machen, wovon der Anteil für den Wohnbedarf von 360 € jedoch abzuziehen sei, da dieser vom neuen Lebensgefährten gedeckt werde.

Mit der Beschwerde übernimmt die Antragstellerin - zum Teil antragserhöhend - die Unterhaltsberechnung des Amtsgerichts, indem sie nun laufenden Unterhalt von 1.090 € statt bisher 940 € verlangt und wendet sich im Übrigen gegen die Bewertung des Amtsgerichts, dass die Ehe noch nicht gescheitert gewesen sei, als sie zu Herrn B... zog. Das Amtsgericht habe den Umständen,

dass noch ehelicher Geschlechtsverkehr stattgefunden habe und man Feste gemeinsam gefeiert habe, entnommen, dass noch enge Bindungen vorhanden gewesen seien. Das sei nicht richtig gewesen, man sei nur noch „gesellschaftlichen Verpflichtungen“ nachgegangen, der Geschlechtsverkehr sei von ihrer Seite aus ohne Gefühle vollzogen worden. Weiter trägt die Antragstellerin - insoweit neu - vor: Anlässlich der Heirat ihres Sohnes im Jahr 2006 sei es zu einem Eklat gekommen, weil der Antragsgegner behauptet habe, der Vater der Antragstellerin bringe sie durch sein Verhalten noch ins Grab. Ihr Vater und ihre Kinder aus erster Ehe hätten daraufhin jeden Kontakt zu ihr abgebrochen. Der Antragsgegner habe sich 2007 und 2008 einer anderen Frau gewidmet, die er auf einer Kegeltour kennengelernt habe. Er habe diese Frau zum Altweiberball in Gronau anreisen lassen.

Mit seiner Anschlussbeschwerde verfolgt der Antragsgegner das Ziel, überhaupt keinen Unterhalt zahlen zu müssen. Das Amtsgericht habe richtig entschieden, dass der Anspruch verwirkt sei; das habe jedoch von Anfang an zu gelten.

Die Beteiligten sind vom Senat persönlich angehört worden. Der Antragsgegner hat angegeben, von der Trennungsabsicht der Antragstellerin überrascht worden zu sein. Die Antragstellerin hat vorgetragen, dass der Antragsgegner bei der Trennung geäußert habe, er gebe ihr eine Woche, um sich darüber klar zu werden, ob sie sich endgültig trennen wolle. Sie habe Herrn B... zunächst nur bei den einmal jährlich stattfindenden Treffen ihres Kegelclubs mit dem Kegelclub ihres Lebensgefährten getroffen. Ab Dezember 2009 habe man öfter miteinander telefoniert. Nach ihrem Krankenhausaufenthalt und im Rahmen der Reha-Kur habe man intensiveren, wenn auch nicht intimen Kontakt gehabt.

## II.

Die Beschwerde ist gemäß §§ 58 ff., 117 FamFG zulässig. Soweit die Antragstellerin im ersten Trennungsjahr Ehegattenunterhalt in der aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Höhe geltend macht, ist sie begründet. Für den Zeitraum danach ist der Trennungsunterhalt unter dem Gesichtspunkt verwirkt, dass die Antragstellerin mit ihrem neuen Lebensgefährten in einer gefestigten Lebensgemeinschaft lebt.

1.) Eine Verwirkung des Anspruchs auf Trennungsunterhalt gemäß § 1361 Abs. 3 i. V. m. § 1579 Nr. 7 BGB ist im ersten Trennungsjahr noch nicht eingetreten.

Ein Verwirkungstatbestand liegt nach § 1579 Nr. 7 BGB vor, wenn dem Berechtigten ein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihm liegendes Fehlverhalten gegenüber dem Verpflichteten zur Last fällt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der das Amtsgericht gefolgt ist, kann ein solches Fehlverhalten vorliegen, wenn sich ein Ehegatte einseitig von der Ehe löst und sich einem anderen Partner zugewendet (vgl. BGH NJW 1980, 1686; NJW 1984, 2358). Zwar soll die Trennung als solche keine unterhaltsrechtlichen Sanktionen zur Folge haben, da andernfalls ein mittelbarer Zwang zur Aufrechterhaltung der Ehe ausgeübt würde. Der Grund für die Versagung von Unterhalt ist nach der Rechtsprechung des BGH in der Widersprüchlichkeit des Verhaltens eines Unterhaltsberechtigten zu sehen, der sich zum einen aus den ehelichen Bindungen löst, zum anderen die ehelichen Solidarität durch ein Unterhaltsbegehren einfordert (BGH NJW 2008, 2779 ff., Rn. 26). Das Prinzip der Gegenseitigkeit werde verletzt, wenn der Berechtigte sich einem anderen Partner zuwendet und diesem die dem Ehegatten geschuldete Fürsorge zuteil werden lässt. Eine in dieser Weise erfolgte Abkehr von der Ehe führe dazu, dass die Inanspruchnahme des anderen Ehegatten grob unbillig erscheine. Wesentlich sei dabei, ob das Verhalten des Berechtigten für das Scheitern der Ehe ursächlich sei (BGH, a. a. O. Rn. 26). Für die Frage, ob das Verhalten ursächlich ist, kommt es nach dieser Ansicht darauf an, ob die Ehe noch „intakt“ war oder ob die Ehe bereits aus anderen Gründen gescheitert

war. Nach der Rechtsprechung des BGH reicht es für die Replik des Ehepartners, die Abkehr aus der Ehe sei nur die Reaktion auf entsprechendes Verhalten des anderen Ehegatten gewesen, nicht aus, dass lediglich allgemein eine Mitverursachung aufgezeigt wird. Erforderlich sei vielmehr ein konkretes Fehlverhalten von einigem Gewicht, das dem anderen Ehegatten vorzuhalten ist und das dem Unterhalt begehrenden Ehegatten ein Festhalten an der Ehe erheblich erschwert hat und sein eigenes Fehlverhalten in einem milderen Licht erscheinen lässt (vgl. BGH NJW 1982, 1461 unter 5b; NJW 1986, 722 unter 3b; Kalthoener/Büttner/Niepmann, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 11. Aufl., Rn. 1145). Die Antragstellerin hat in der Beschwerdeinstanz weiteres Verhalten des Antragsgegners behauptet, bei deren Vorliegen sich ihr eigenes Verhalten anders darstellen würde. Träfe insbesondere ihre - streitige - Behauptung zu, der Antragsgegner habe seinerseits Beziehungen zu einer Frau unterhalten, die er bei einer Kegeltour kennengelernt und zum Altweiberball „anreisen“ ließ, könnte von einem einseitigen, für das Scheitern der Ehe ursächlichen Fehlverhalten der Antragstellerin wohl nicht mehr ausgegangen werden.

Der Senat hat von einer Beweisaufnahme über die vorgebrachten Gegenvorwürfe gegen den Antragsgegner gleichwohl abgesehen, da es nicht darauf ankommt, ob und inwieweit er sich bereits von der Ehe abgewendet hatte, als sich die Antragstellerin ihrem neuen Partner zuwandte. Nach Auffassung des Senats führt allein der Umstand der Zuwendung zu einem anderen Partner noch nicht zu einer Verwirkung des Unterhaltsanspruchs. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass sich ein Ehepartner nicht „einfach so“ aus der einstmals mit allen Erwartungen auf Dauer eingegangenen ehelichen Beziehung löst und sich einem anderen Partner zuwendet, sondern dass dem eine „Erosion der ehelichen Beziehungen“ vorausgegangen ist (vgl. dazu OLG Frankfurt, NJW-RR 1994, 456). Nach dem Vorbringen beider Beteiligten kannte die Antragstellerin ihren jetzigen Lebensgefährten schon einige Jahre vor der Trennung und hatte Kontakt zu diesem - nach Angaben des Antragsgegners sogar intimen Kontakt. Die Beziehung der Antragstellerin zu ihrem späteren Lebensgefährten hat sich in der letzten Zeit vor der Trennung allmählich entwickelt. Gleichwohl hielt die Antragstellerin bis zum Oktober 2010 an der Ehe mit dem Antragsgegner fest. Die Ehe befand sich daher aus objektiver Sicht schon über einen längeren Zeitraum in einer Krise, wobei unentschieden war, ob die Krise überwunden und die Antragstellerin auch weiterhin bei dem Antragsgegner bleiben würde oder ob die Krise zu einer Trennung und Zuwendung der Antragstellerin zu dem neuen Partner führen würde. Begreift man die Trennung als dynamischen Prozess, der bereits vor der räumlichen Trennung begonnen hat und der mit der räumlichen Trennung nicht abgeschlossen ist, ist es nicht gerechtfertigt, den Unterhaltsanspruch der Antragstellerin bereits mit dem Tag ihres Auszugs als verwirkt anzusehen. Die Frage, ob die Antragstellerin die Trennung von ihrem Ehemann durchhalten oder ob sie den Auszug aus der Ehewohnung nach Kurzem als Fehler erkennen und zu ihrem Ehemann zurückkehren würde, kann im Zeitpunkt des Auszugs der Antragstellerin noch nicht als beantwortet angesehen werden. Der Senat vertritt daher die Auffassung, dass eine unterhaltsverwirkende „Abkehr“ aus der Ehe allenfalls und erst dann angenommen werden kann, wenn die neue Beziehung einen gewissen Grad der Verfestigung erreicht hat. Diese enge Auslegung erscheint auch unter dem Gesichtspunkt des Ausnahmecharakters des § 1579 BGB als geboten. Allein die Zuwendung zu einem neuen Partner rechtfertigt deshalb nach Auffassung des Senats noch nicht die Annahme eines „offensichtlich schwerwiegenden“, eindeutig beim Unterhaltsberechtigten liegendes Fehlverhalten gegenüber dem Unterhaltspflichtigen i. S. d. § 1579 Nr. 7 BGB.

b) Mit Ablauf des Monats September 2011 ist der Unterhaltsanspruch der Antragstellerin jedoch nach § 1361 Abs. 3 i. V. m. § 1579 Nr. 2 BGB verwirkt, da sich die Beziehung der Antragstellerin zu Herrn B... mit Ablauf des ersten Trennungsjahres bereits verfestigt hat. Nach herrschender Rechtsprechung - auch des Senats - kann in zeitlicher Hinsicht regelmäßig zwar nicht vor Ablauf von zwei Jahren davon ausgegangen werden, dass sich eine Lebensgemeinschaft in diesem Sinn „verfestigt“ hat. Im vorliegenden Fall kommen aber weitere Umstände

hinzu, die die Annahme einer „verfestigten Lebensgemeinschaft“ auch schon vor Ablauf von 2 Jahren als gerechtfertigt erscheinen lassen. Die Antragstellerin hatte ihren Lebensgefährten nach eigenen Angaben bereits seit Jahren regelmäßig bei gemeinsamen Kegelurlaube getroffen. Ab Ende 2009 und besonders nach ihrer Operation und Reha-Kur im Jahr 2010 hat sich die Beziehung durch telefonische Kontakte kontinuierlich vertieft. Auch wenn es zu diesem Zeitpunkt - wie die Antragstellerin behauptet - noch keine intimen Kontakte gegeben haben sollte, waren sich beide doch bereits derart vertraut geworden, dass die Antragstellerin direkt nach der Trennung im September 2011 zu ihrem Lebensgefährten gezogen ist, wo sie bis heute mit diesem gemeinsam lebt und ihm den Haushalt führt. Damit unterscheidet sich der Verlauf dieser Beziehung zum Beispiel ganz wesentlich von einer Beziehung, die sich erst nach der Trennung allmählich entwickelt, später zur Gründung eines gemeinsamen Haushalts und schließlich nach Ablauf von 2-3 Jahren zur Annahme einer „verfestigten Lebensgemeinschaft“ führt. Vor dem Hintergrund der oben beschriebenen Umstände hat sich die Beziehung der Antragstellerin zu ihrem Lebensgefährten nach Auffassung des Senats bereits nach Ablauf eines Jahres so „verfestigt“, dass weitere Unterhaltsleistungen für den Antragsgegner nicht mehr zumutbar erscheinen.

c) Der Höhe nach steht der Antragstellerin ein Quotenunterhaltsanspruch für den Monat Dezember 2010 in Höhe des begehrten Betrags von 1.090 € und von Januar bis einschließlich September 2011 in Höhe von monatlich 1.025 € zu.

Dabei hat der Senat bei der Berechnung des unterhaltspflichtigen Einkommens des Antragsgegners die aus der Verdienstbescheinigung für den Monat Dezember 2010 ersichtlichen Jahreswerte für 2010 und 2011 zugrunde gelegt. Bei einem Jahresbruttoeinkommen von 65.995 € hatte der Antragsteller 58.356 € zu versteuern. Unter Berücksichtigung des Steuerklassenwechsels von Klasse III auf I hatte der Antragsgegner die in der nachstehenden Übersicht aufgeführten gesetzlichen Steuern und Abgaben zu entrichten. Darüber hinaus sind die monatlichen Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen von 296 € bzw. 36,57 € deren Höhe sich ebenfalls aus der genannten Verdienstbescheinigung ergibt, zu berücksichtigen. Abziehbar ist des Weiteren die Werbungskostenpauschale bis zu dem Höchstbetrag von 150 €. Darüber hinaus ist während des ersten Trennungsjahres ein angemessener Wohnvorteil anzurechnen, wobei der Senat der Einschätzung des Amtsgerichts folgt und diesen in Höhe von monatlich 400 € bemisst. Abziehen sind die Zinsen für die Finanzierung des vom Antragsgegner bewohnten Hauses. Da dieser Alleineigentümer ist und ein Zugewinn ausgeschlossen ist, hat das Amtsgericht zutreffend nur die Zinsen berücksichtigt. Nach den mit Schriftsatz vom 09.08.2011 vorgelegten Bescheinigungen der A...-AG zahlt der Antragsgegner für das Darlehn mit der Nummer... vierteljährlich 907 € Zinsen und für das Darlehn Nummer ... vierteljährlich 368 € Zinsen. Bei dem dritten Darlehn mit der Nummer ... sind wechselnde Zinsen zu zahlen. Entsprechend dem mitgeteilten Zeitraum kann ein Schnitt von rund 350 € je Quartal zugrunde gelegt werden. Insgesamt betrug der monatliche Zinsabtrag rund 542 € (so auch die Berechnung der Antragstellerin im Schriftsatz vom 16.08.2001). Entsprechend dem amtsgerichtlichen Beschluss sind des Weiteren Kosten für Malerarbeiten anteilig auf 12 Monate verteilt abgezogen worden.

Insgesamt lässt sich damit das Einkommen des Unterhaltspflichtigen wie folgt darstellen:

	2011	2010
Bruttoeinkommen	65.995,16 €	65.995,16 €
Lohnsteuer nach 58.356,40 €	14.162,00 €	8.824,00 €
Solidaritätszuschlag	778,91 €	485,32 €

Kirchensteuer	1.274,58 €	794,16 €
Rentenversicherung	5.806,46 €	5.806,46 €
Arbeitslosenversicherung	816,99 €	816,99 €
Krankenversicherung 296 € x 12	3.555,00 €	3.555,00 €
Pflegeversicherung 36,57 € x 12	438,84 €	438,84 €
Netto	39.162,38 €	45.274,39 €
Monatlich	3.263,53 €	3.772,87 €
Werbungskosten	150,00 €	150,00 €
Netto bereinigt	3.113,53 €	3.622,87 €
abzgl. Anreizsiebtel	2.668,74 €	3.105,31 €
Komplex Haus:		
Abzgl. Zinsen	542,00 €	542,00 €
Abzgl. Maler	50,00 €	50,00 €
Zzgl. Wohnvorteil	400,00 €	400,00 €
Wohnen	- 192,00 €	- 192,00 €
bereinigt	2.476,74 €	2.913,31 €

Die Antragstellerin muss sich ein fiktives Betreuungsentgelt in Höhe von 425 € anrechnen lassen. Weitere Einkünfte hat sie nicht bezogen. Während des ersten Trennungsjahres bestand für sie noch keine Erwerbsobliegenheit. Auf die - streitige - Frage ihrer Erwerbsfähigkeit kommt es daher nicht an.

Demgemäß ist der geltend gemachte Quotenunterhaltsanspruch für Dezember 2010 in Höhe von 1.090 € begründet. Ab Januar 2011 beträgt der Anspruch 1.025 € ([2.476,74 € Einkommen Antragsgegner - 425 € Einkommen Antragstellerin] ./ 2).

d) Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen hinsichtlich der Kosten auf den §§ 84, 81, 243 FamFG und hinsichtlich der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit auf § 116 Abs. 3 FamFG.

Im Hinblick auf die von der bisherigen Rechtsprechung abweichende Rechtsfrage der Verwirkung des Unterhalts ist die Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 Nr. 1 und 2 FamFG zugelassen worden.