OLG Bamberg, Beschluss v. 06.06.2024 – 2 UF 222/23

Titel:

Erwerbsobliegenheit im Trennungsunterhalt – kein Abzug von Naturalunterhalt beim das gemeinsame Kind betreuenden Elternteil im Ehegattenunterhalt

Normenkette:

BGB § 1361, § 1579 Nr. 7, § 1606 Abs. 3 S. 2

Leitsätze:

1. Zur Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsschuldners im Trennungsunterhalt bei eheprägender Teilzeittätigkeit von 7/10 einer vollschichtigen Tätigkeit bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen der Ehegatten. (Rn. 30)

2. Soweit nach neuerer Ansicht des Bundesgerichtshofs (B. v. 29.09.2021, Az. XII ZB 474/20 = FamRZ 2021, 1965; B. v. 18.05.2022, Az. XII ZB 325/20 = FamRZ 2022, 1366) beim das gemeinsame Kind im Residenzmodell betreuenden Elternteil im Rahmen der Bedarfsermittlung beim Ehegattenunterhalt ein Abzug für Kindesunterhaltsleistungen in Form von Naturalunterhalt auf Grundlage eines Kindesunterhaltsbedarfs aus dem gemeinsamen Einkommen beider Eltern vorzunehmen sei, vermag sich der Senat dieser Rechtsansicht nicht anzuschließen. (Rn. 30)

1. Ein Härtegrund gem. § 1579 Nr. 7 BGB ist nicht in der Aufnahme einer außerehelichen Beziehung als solcher zu sehen, sondern in der Widersprüchlichkeit des Verhaltens des Unterhaltsberechtigten, der sich zum einen aus der ehelichen Bindung löst, zum anderen aber die eheliche Solidarität durch ein Unterhaltsbegehren einfordert, ohne seinerseits das Prinzip der Gegenseitigkeit zu wahren. (Rn. 16) (redaktioneller Leitsatz)

2. Bittet ein Ehegatte nach der von seinem Ehegatten in Unkenntnis der außerehelichen Beziehung vollzogenen Trennung um einen Versöhnungsversuch, ohne die außereheliche Beziehung aus Anlass des Versöhnungsversuchs zu beenden, liegt in diesem Verhalten eine tiefgehende Missachtung des Ehegatten; dies ist als zusätzlicher, besonders verwerflicher Umstand zu bewerten. (Rn. 19) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Erwerbsobliegenheit im Trennungsunterhalt, kein Abzug von Naturalunterhalt beim das gemeinsame Kind betreuenden Elternteil im Ehegattenunterhalt, Trennungsunterhalt, Verwirkung, Ehebruch, außereheliche Beziehung, verwerflich, Versöhnungsversuch, Naturalunterhalt, Residenzmodell

Vorinstanz:

AG Aschaffenburg, Endbeschluss vom 20.10.2023 – 1 F 1556/17

Fundstellen:

FF 2024, 455
FamRZ 2024, 1863
FF 2024, 507
LSK 2024, 12681
NJW 2024, 2330

Tenor

1. Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Endbeschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Aschaffenburg vom 20.10.2023, Az. 1 F 1556/17, wird zurückgewiesen.

2. Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

3. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

4. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 75.356,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

1
Der Antragsteller und Beschwerdeführer macht gegen die Antragsgegnerin Ansprüche auf Trennungsunterhalt geltend.

2
1. Die Eheleute schlossen am …19… die Ehe. Im … 2010 adoptierten sie das im Vorjahr geborene Kind K. Am …11.2014 zog die Antragsgegnerin mit dem gemeinsamen Kind K in Trennungsabsicht aus der im Miteigentum der Eheleute stehenden Immobilie aus, kehrte jedoch im Mai 2015 auf Bitten des Antragstellers mit dem Kind K für einen Versöhnungsversuch zurück. Am …05.2015 wurde die Antragsgegnerin von der Zeugin Z darüber informiert, dass diese mit dem Antragsteller seit längerer Zeit ein außereheliches Verhältnis unterhielt, worauf die endgültige Trennung der Eheleute erfolgte. Am …05.2015 verließ der Antragsteller nachfolgend aufgrund einer schriftlichen Vereinbarung zur Nutzungsüberlassung die eheliche Immobilie. K lebt seither bei der Antragsgegnerin.

3
Der Antrag der Antragsgegnerin auf Ehescheidung wurde dem Antragsteller am 26.11.2015 zugestellt. Die Rechtskraft der Scheidung trat am 06.10.2022 ein.

4
Erstinstanzlich sind im Wesentlichen die Frage der Verwirkung eines Unterhaltsanspruchs des Antragstellers, dessen krankheitsbedingte Erwerbsfähigkeit sowie die Frage der Höhe eines möglichen fiktiven Einkommens des Antragstellers zwischen den Beteiligten streitig gewesen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die umfassende Darstellung im Sachverhalt der angegriffenen Entscheidung verwiesen.

5
2. Das Amtsgericht hat die Zeugin Z zur Frage ihres Verhältnisses zum Antragsteller vernommen. Ferner hat es ein am 13.02.2023 erstattetes orthopädisches Gutachten des Sachverständigen Dr. D zur Frage der Erwerbsfähigkeit des Antragstellers eingeholt. Mit Endbeschluss vom 20.10.2023 hat es sodann den Antrag des Antragstellers auf Zahlung von Trennungsunterhalt zurückgewiesen. Einen hilfsweise vom Antragsteller geltend gemachten Antrag auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung hat es abgetrennt und als selbständiges Verfahren fortgesetzt.

6
Zur Begründung seiner Entscheidung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass sich ein Unterhaltsanspruch des Antragstellers gemäß § 1361 Abs. 1 BGB jedenfalls ab Ablauf des Trennungsjahrs im November 2015 unter Zugrundelegung von Einkünften aus einer fiktiven Vollzeittätigkeit in abhängiger Beschäftigung ergeben würde. Nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. D sei der Antragsteller uneingeschränkt erwerbsfähig. Nachdem ab dem Jahr 2015 nur sehr geringe Einkünfte aus einer selbständigen Tätigkeit erzielt worden seien, hätte die Obliegenheit des Antragstellers zum Einsatz seiner Arbeitskraft im erlernten Beruf in der IT-Branche im Finanzbereich bestanden. Entsprechend seinen durchschnittlichen Einkünften aus abhängiger Beschäftigung in den Jahren 2002 bis 2009 sei ihm ein Bruttoeinkommen von 107.000,00 € zuzurechnen. Danach ergebe sich rechnerisch ein Unterhaltsanspruch des Antragstellers gegen die Antragsgegnerin in Höhe von 1.091,00 € ab Juni 2015, in Höhe von 388,00 € ab November 2015, in Höhe von 352,00 € im Jahr 2017 und in Höhe von 371,00 € ab dem Jahr 2018. Dieser Unterhaltsanspruch sei jedoch gemäß § 1579 Nr. 7 BGB verwirkt. Der Antragsteller habe mit der Zeugin Z ein nachhaltiges und auf Dauer angelegtes ehebrecherisches Verhältnis geführt. Hinzu komme, dass der Antragsteller während der Ehe gegen die Antragsgegnerin gewalttätig geworden sei. Aufgrund dessen habe der Antragsteller den Anspruch gegen die Antragsgegnerin auf eheliche Solidarität vollständig verwirkt. Der Hilfsantrag auf Zahlung einer Nutzungsvergütung sei abzutrennen gewesen, nachdem dieses in einer anderen Verfahrensart als das Verfahren wegen Trennungsunterhalt zu führen sei. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe Bezug genommen.

7
3. Gegen diese seiner Verfahrensbevollmächtigten am 26.10.2023 zugestellte Entscheidung wendet sich der Antragsteller mit seiner am 27.11.2023 (Montag) beim Amtsgericht eingegangenen Beschwerde, die er innerhalb verlängerter Frist begründet hat.

8
Hinsichtlich der Höhe des Unterhaltsanspruchs sei von seinen Einkünften aus selbständiger Tätigkeit auszugehen. Eine Zurechnung fiktiver Einkünfte aus abhängiger Beschäftigung scheide schon dem Grunde nach aus, da er erwerbsunfähig sei. Dies folge aus dem Attest des behandelnden Hausarztes Dr. D (zuletzt Bl. 847 d.A.). Das eingeholte orthopädische Gutachten sei nicht aussagekräftig und berücksichtige nicht die seit einem Verkehrsunfall im Jahr 2009 bestehende Schmerzsymptomatik beim Antragsteller. Insoweit sei ein ergänzendes arbeitsmedizinisches Gutachten einzuholen. Hinsichtlich der Höhe fiktiver Einkünfte könne nicht aus einem lange zurückliegenden Zeitraum auf aktuell zu erzielende Einkünfte geschlossen werden, nachdem der Antragsteller sich vergeblich um eine Beschäftigung bemüht habe und eine sehr spezielle Qualifikation aufweise. Auch wäre er nicht verpflichtet gewesen, seine selbständige Tätigkeit nur ca. fünf Monate nach der endgültigen Trennung aufzugeben. Demgegenüber wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, ihre Teilzeittätigkeit auf Vollzeit auszuweiten und damit höhere Einkünfte zu erzielen.

9
Eine Verwirkung des Unterhaltsanspruches sei nicht gegeben. Durch die Vernehmung der Zeugin Z sei nachgewiesen, dass der Antragsteller mit ihr keine auf längere Dauer angelegte Beziehung unterhalten habe. Die Affäre sei nicht Grund der Trennung gewesen. Auch habe durch den Antragsteller kein Ausbruch aus einer intakten Ehe vorgelegen, diese habe sich vielmehr in einer Dauerkrise befunden. Gewalttätigkeiten zum Nachteil der Antragsgegnerin habe es nicht gegeben. Zudem habe die Antragsgegnerin nach den behaupteten Vorfällen mit dem Antragsteller weiter zusammengelebt.

10
Der Antragsteller hat mit seiner Beschwerde zuletzt beantragt,

1. Der Endbeschluss des Amtsgerichts Aschaffenburg vom 20.10.2023, zugestellt am 26.10.2023, Az. 1 F 1556/17, wird hinsichtlich der Zurückweisung der Anträge des Antragstellers aufgehoben.

2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, ab dem 01.11.2018 bis zum 31.10.2022 einen monatlich im Voraus fällig werden Trennungsunterhalt in Höhe von 2.384,00 €, bestehend aus Elementarunterhalt i.H.v. 1.853,00 € und Altersvorsorgeunterhalt i.H.v. 531,00 €, nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz daraus ab jeweiliger Fälligkeit spätestens bis zum ersten Werktag eines jeden Monats an den Antragsteller zu zahlen.

3. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, Ehegattentrennungsunterhaltsrückstände für den Zeitraum Juni 2015 bis einschließlich Oktober 2018 i.H.v. gesamt 80.782,00 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 33.852,00 € ab dem 29.03.2017 sowie Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 1.612,00 € jeweils seit dem 01.04.2017, 01.05.2017, 01.06.2017, 01.07.2017, 01.08.2017, 01.09.2017, 01.10.2017 und 01.11.2017 sowie Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 2.384,00 € jeweils seit dem 01.12.2017, 01.01.2018, 01.02.2018, 01.03.2018, 01.04.2018, 01.05.2018, 01.06.2018, 01.07.2018, 01.08.2018, 01.09.2018 und 01.10.2018 an den Antragsteller zu zahlen.

11
Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

12
Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung unter Aufrechterhaltung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Bei dem Antragsgegner handele es sich um eine hochqualifizierte IT-Fachkraft, so dass seine Einkünfte aus dem Durchschnitt der Jahre 2002 bis 2009 aktuell eher noch zu gering bemessen seien. Der Antragsteller sei auch erwerbsfähig. Er aggraviere die Folgen des Verkehrsunfalls aus dem Jahr 2009, sei diesbezüglich nie in therapeutischer oder medikamentöser Behandlung gewesen. Bei den vorgelegten Berichten des Arztes Dr. D vom …01.2023 und …11.2023 handele es sich um Gefälligkeitsatteste ohne eigene Befunderhebung. Jedenfalls seien Unterhaltsansprüche des Antragstellers aufgrund des nachhaltigen, auf Dauer angelegten intimen Verhältnisses mit der Zeugin Z jedoch vollständig verwirkt.

13

Ergänzend wird auf das schriftsätzliche Beschwerdevorbringen der Beteiligten sowie die Feststellungen zu gerichtlichem Protokoll Bezug genommen.

II.

14
Die gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Antragstellers ist nicht begründet. Das Amtsgericht hat im Ergebnis zutreffend Ansprüche des Antragstellers auf Trennungsunterhalt (§ 1361 Abs. 1 BGB) gemäß §§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 7 BGB als vollumfänglich verwirkt angesehen.

15
1. Dem Antragsteller als Unterhaltsberechtigtem fällt gemäß § 1579 Nr. 7 ein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihm liegendes Fehlverhalten gegen die unterhaltsverpflichtete Antragsgegnerin zur Last. Dieser Verwirkungstatbestand gilt gemäß § 1361 Abs. 3 BGB auch für den Anspruch auf Trennungsunterhalt.

16
a) Hierbei gilt grundsätzlich Folgendes: Der entscheidende Gesichtspunkt für die Annahme eines Härtegrundes gemäß § 1579 Nr. 7 BGB ist nicht in der Aufnahme einer außerehelichen Beziehung als solcher zu sehen, sondern in der Widersprüchlichkeit des Verhaltens des Unterhaltsberechtigten, der sich zum einen aus der ehelichen Bindung löst, zum anderen aber die eheliche Solidarität durch ein Unterhaltsbegehren einfordert, ohne seinerseits das Prinzip der Gegenseitigkeit zu wahren. Dieses Prinzip wird verletzt, wenn der Berechtigte sich gegen den Willen seines Ehegatten einem anderen Partner zuwendet und jenem die dem Ehegatten geschuldete Hilfe und Fürsorge zuteil werden lässt. Eine in dieser Weise erfolgte Abkehr von der Ehe führt dazu, dass die Inanspruchnahme des anderen Ehegatten auf Unterhalt grob unbillig erscheint. Selbst bei einem feststehenden einseitigen Fehlverhalten führt der Ehebruch allein indes noch nicht zur Versagung oder Herabsetzung des Unterhalts, sondern diese erfordern nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung eine so schwerwiegende Abkehr von ehelichen Bindungen, dass nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit, der dem ehelichen Unterhaltsrecht zu Grunde liegt, die Inanspruchnahme des anderen Ehegatten grob unbillig erschiene. Dementsprechend wird ein solcher Härtegrund erst bei Aufnahme eines nachhaltigen, auf längere Dauer angelegten intimen Verhältnisses angenommen, wenn darin auch die Ursache für das Scheitern der Ehe lag. Das wäre etwa dann nicht der Fall, wenn die Aufnahme der Beziehung erst zu einem Zeitpunkt erfolgte, als der Verpflichtete sich seinerseits bereits von seinem Ehegatten abgewandt hatte (vgl. BGH, Urteil v. 16.04.2008, AZ: XII ZR 7/05 = BGHZ 176, 150-162; Urteil v. 15.02.2012, Az. XII ZR 137/09 jeweils m.w.N.).

17
b) Bei der Beziehung zwischen dem Antragsteller und der Zeugin Z handelt es sich unzweifelhaft um ein nachhaltiges, auf Dauer angelegtes Verhältnis. Nach den Angaben der Zeugin in ihrer Vernehmung, welche sie schriftlich am …01.2019 nochmals präzisierte (Bl. 540 d.A.), befand sie sich seit Juni 2013 mit dem Antragsteller in einer intimen Beziehung. Diese dauerte bis zu ihrer Beendigung am …05.2015, als sich die Zeugin der Antragsgegnerin offenbarte, somit für ca. zwei Jahre an. Treffen zwischen der Zeugin und dem Antragsteller fanden nach den unbestrittenen Angaben der Zeugin regelmäßig statt, teilweise wöchentlich, teilweise aber auch in mehrwöchigem Abstand. Die der Antragsgegnerin unbekannte Zeugin befand sich dabei auch ein- oder zweimal in der Ehewohnung des Antragstellers. Sie machte mit dem Antragsteller mehrere Tagesausflüge. Unter anderem verbrachte der Antragsteller seinen …-ten Geburtstag mit der Zeugin in H-Ort, wobei er der Antragsgegnerin eine Geschäftsreise vorspiegelte, die er auch fälschlich von seinem Vater gegenüber der Antragsgegnerin bestätigen ließ.

18
Zwar hat die Zeugin angegeben, dass keine festen Zukunftspläne mit dem Antragsteller bestanden und dieser nicht als Partner in ihre eigene Familie eingeführt worden sei. Allerdings ergibt sich aus den Angaben der Zeugin, dass der Antragsteller ihr gegenüber angegeben hat, dass die Ehe mit der Antragsgegnerin nur noch auf dem Papier bestehe, so dass die Zeugin ihrerseits von einer dauerhaften Beziehung zum Antragsteller ausging. Nur so ist es auch zu erklären, dass die Zeugin sich in dem Augenblick der Antragsgegnerin offenbarte, als sie von deren Rückkehr in die eheliche Wohnung im Mai 2015 und damit vom offensichtlichen Festhalten des Antragstellers an seiner Ehe erfuhr. Bereits aufgrund dieser Umstände

kommt ein schwerwiegendes Fehlverhalten des Antragstellers gegenüber der Antragsgegnerin im Sinne von § 1579 Nr. 7 BGB in Betracht.

19
Als zusätzlichen, besonders verwerflichen Umstand erachtet der Senat ferner, dass der Antragsteller nach der von der Antragsgegnerin in Unkenntnis der außerehelichen Beziehung des Antragstellers zum …11.2014 vollzogenen Trennung diese um einen Versöhnungsversuch bat, worauf die Antragsgegnerin im Mai 2015 wieder mit dem gemeinsamen Kind K in die Ehewohnung einzog, ohne jedoch die außereheliche Beziehung zur Zeugin Z aus Anlass des Versöhnungsversuchs zu beenden. In diesem Verhalten ist eine tiefgehende Missachtung der Antragsgegnerin zu sehen, die nach ihrer Trennung vom Antragsteller und einem vorgetäuschten ernsthaften Bemühen des Antragstellers um Rettung der Ehe unter Vorspiegelung falscher Tatsachen wieder zur Rückkehr in die Ehewohnung bewegt wurde.

20
Die endgültige Trennung der Beteiligten am …05.2015 erfolgte aufgrund dieses schwerwiegenden Fehlverhaltens des Antragstellers, so dass in diesem auch die Ursache für das endgültige Scheitern der Ehe nach dem von ihm initiierten Versöhnungsversuch lag.

21
In der Gesamtschau liegt damit unzweifelhaft der Verwirkungstatbestand der §§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 7 BGB vor.

22
2. Die Bestimmung der Rechtsfolgen bei Verwirklichung eines Verwirkungstatbestandes, die von Beschränkung in Form von Herabsetzung und Befristung bis zum Ausschluss des Anspruchs, ggf. auch in Kombination, reichen, ist unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in tatrichterlicher Verantwortung vorzunehmen (BGH, Beschluss v. 15.02.2012, Az. XII ZR 137/09; OLG Hamm, Beschluss v. 09.03.2015, Az. 8 UF 41/14). Dabei ist die vollständige Versagung des Unterhalts auf diejenigen Ausnahmefälle zu beschränken, in denen jede Unterhaltszahlung mit dem Gerechtigkeitsempfinden schlechthin unvereinbar ist (MüKo/BGB-Maurer, 9. Aufl., § 1579 Rn. 101). Zu Recht hat das Amtsgericht daher für maßgeblich erachtet, ob und in welchem Umfang der Antragsteller nach einer bis zur endgültigen Trennung fast 18-jährigen Ehe zur Bestreitung seines Lebensunterhalts auf Unterhaltszahlungen durch die Antragsgegnerin angewiesen ist. Kindesbelange sind auf Seiten des Antragstellers nicht zu berücksichtigen, da das Kind K bei der Antragsgegnerin lebt und von dieser betreut wird.

23
a) Für die Höhe eines möglichen Unterhaltsanspruchs des Antragstellers gemäß § 1361 Abs. 1 BGB gilt dabei Folgendes:

		ab 06-2015	ab 11-2015	ab 01-2017	ab 01-2018
	Antragsteller				
1	Bruttoeinkommen		107.000,00 €	107.000,00 €	107.000,00 €
2	Nettoeinkommen mtl.	2.120,47 €	4.808,59 €	4.803,31 €	4.817,79 €
3	Krankenversicherung	377,41 €			
4	berufsbedingte Aufwendungen	0,00 €	240,43 €	240,17 €	240,89 €
5	LBS	273,38 €	273,38 €	273,38 €	273,38 €
6	ETW …	198,33 €	198,33 €	198,33 €	198,33 €
7	Darlehen Schwiegervater	102,00 €	102,00 €	102,00 €	102,00 €
8	bereinigtes Einkommen	1.169,35 €	3.994,45 €	3.989,43 €	4.003,19 €
	Kind K, geb. …2009				
9	Zahlbetrag vorgegeben	292,00 €	292,00 €	292,00 €	292,00 €
10	Einkommen ASt nach KU	877,35 €	3.702,45 €	3.697,43 €	3.711,19 €
	Antragsgegnerin				
11	Nettoeinkommen	2.458,33 €	2.728,87 €	2.655,19 €	2.706,90 €
12	berufsbedingte Aufwendungen (5%)	122,92 €	136,44 €	132,76 €	135,35 €
13	Wohnwert	600,00 €	1.800,00 €	1.800,00 €	1.800,00 €
14	bereinigtes Einkommen	2.935,41 €	4.392,43 €	4.322,43 €	4.371,56 €
15	ASt abzgl. Erwerbstätigenbonus	789,62 €	3.332,21 €	3.327,69 €	3.340,07 €
16	AGin abzgl. Erwerbstätigenbonus	2.935,41 €	4.133,18 €	4.070,19 €	4.114,40 €
17	Bedarf ASt	1.862,51 €	3.732,69 €	3.698,94 €	3.727,24 €

18	Unterhaltsanspruch ASt	1.072,90 €	400,49 €	371,25 €	387,16 €
	Altersvorsorgeunterhalt				
19	Unterhaltsanspruch (ab 11/2015: 13%)		452,55 €	419,51 €	437,50 €
20	AV-Betrag (18,6%)		84,17 €	78,03 €	81,37 €
	Neuberechnung Elementarunterhalt				
21	um AVUH korrigiertes Einkommen AGin		4.049,01 €	3.992,16 €	4.033,03 €
22	neuer Bedarf ASt		3.690,61 €	3.659,92 €	3.686,55 €
23	Restbedarf ASt = Elementarunterhalt		358,40 €	332,23 €	346,48 €

Zur Erläuterung der vorstehenden Unterhaltsberechnung sind folgende Anmerkungen veranlasst:

24
(1) Zeile 1/2: Dem Antragsteller ist lediglich bis zum Ablauf des Trennungsjahrs einschließlich Oktober 2015 sein tatsächliches Einkommen aus selbständiger Tätigkeit zuzurechnen. Ab November 2015 obliegt es dem Antragsteller hingegen, zur Deckung seines Bedarfs die ihm möglichen Einkünfte auch aus nichtselbständiger Tätigkeit zu erzielen. Nachdem nach den eigenen Angaben des Antragstellers bereits im Jahr 2015 absehbar war, dass die Einkünfte aus seiner selbständigen Tätigkeit auch zukünftig nur gering sein würden, wäre er zur Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung verpflichtet gewesen.

25
Hinsichtlich der Höhe der Einkünfte aus einer fiktiven nichtselbständigen Tätigkeit ist die Zugrundelegung des Durchschnittsverdienstes des Antragstellers aus den Jahren 2002 bis 2009 nicht zu beanstanden. Die in diesem Zeitraum im Angestelltenverhältnis erzielten Bruttoeinkünfte schwankten erheblich zwischen 50.542 € (Jahr 2007) und 157.208 € (Jahr 2006). Der Antragsteller ist im Bereich der IT-Betreuung und -entwicklung in der Finanzbrache hochqualifiziert, wie sich aus seinem selbst gefertigten Lebenslauf ergibt (Bl. 324 d.A.). Bemühungen um eine entsprechende Beschäftigung, für die angesichts der im Vergleich erheblich geringeren Einkünfte aus seiner selbständigen Tätigkeit Veranlassung bestanden hätte, hat der Antragsteller nicht dargetan. Erfolglose Bewerbungen sind nicht nachgewiesen worden. Zur Überzeugung des Senats hat der Antragsteller sich nach dem Unfallereignis im Jahr 2009 in seine Selbständigkeit zurückgezogen und sich nicht mehr bemüht, anderweitig beruflich Fuß zu fassen. Es ist daher nicht zu erkennen, aus welchem Grund der Antragsteller bei entsprechenden Bemühungen nicht in der Lage gewesen sein sollte, ab November 2015 wieder ein Einkommen aus abhängiger Beschäftigung wie vor seiner Selbständigkeit zu erzielen, wobei zu seinen Gunsten der allgemeine Lohnanstieg noch unberücksichtigt bleibt.

26
Der Senat hat im Anschluss an die Feststellungen des Amtsgerichts keinen Zweifel daran, dass der Antragsteller zu einer entsprechenden vollschichtigen Tätigkeit gesundheitlich befähigt ist. Nach dem überzeugenden Ergebnis der Untersuchung des Sachverständigen Dr. D vom …02.2023 bestehen beim Antragsteller nur altersbedingt nicht ungewöhnliche leichte degenerative Veränderungen, die einer Erwerbsfähigkeit entsprechend der beruflichen Qualifikation des Antragstellers, die kein schweres Heben von Lasten beinhaltet, nicht entgegenstehen. Für die vom Antragsteller behaupteten ganz erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen wie eine massive Schmerzsymptomatik, einen Reizdarm oder eine vorübergehende Parese im Beinbereich hat die Untersuchung keine Hinweise ergeben bzw. die Schmerzsymptomatik sogar ausgeschlossen. Die Behauptungen des Antragstellers sind auch durch keine ärztlichen Befundberichte gedeckt. Soweit der Antragsteller solche mit Schriftsatz vom 16.05.2024 vorgelegt hat, belegen diese keine nachhaltige Schmerzsymptomatik, sondern weisen überwiegend ausgehend von nicht erheblichen orthopädischen Auffälligkeiten auf eine Angst-Symptomatik mit möglicher posttraumatischer Belastungsstörung hin (vgl. Arztbericht Dr. L v. …01.2010, Bl. 894 d.A.; Arztbericht Dr. Y v. …05.2010, Bl. 901 d.A.). Nach eigenen Angaben hat der Antragsteller zu keinem Zeitpunkt längerfristige therapeutische Hilfe in Anspruch genommen oder längerfristig verschreibungspflichtige Schmerzmittel genommen. Die Behauptung, „er sei austherapiert“, ist nicht nachvollziehbar, nachdem bisher noch überhaupt keine Therapie erfolgt ist und im Hinblick auf die behauptete Schmerzsymptomatik nicht einmal eine Therapieempfehlung als erforderlich oder sinnvoll vorlag.

27
Der Antragsteller stützt sein Beschwerdevorbringen insoweit zentral auf die Darstellung des Krankheitsverlaufs durch seinen Hausarzt Dr. D vom …01.2023 bzw. …11.2023 (Bl. 847 d.A.). Diese sind jedoch nicht geeignet, einen Nachweis für die behaupteten gesundheitlichen Einschränkungen zu führen.

Die auf der letzten Seite des Berichts Dr. D aufgezählten Diagnosen beruhen weder auf einer eigenen Untersuchung, noch sind sie durch dokumentierte ärztliche Befunderhebungen belegt.

28
Aufgrund der vom Sachverständigen Dr. D getroffenen Feststellungen und des Fehlens von Anknüpfungstatsachen für die vom Antragsteller behauptete massive Schmerzsymptomatik in den vorliegenden sonstigen ärztlichen Berichten sieht der Senat auch keine Veranlassung zur Einholung eines weiteren arbeitsmedizinischen Gutachtens.

29
(2) Zeile 3 bis 9: Die auch vom Amtsgericht berücksichtigten berufsbedingten Aufwendungen und berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten des Antragstellers sind im Beschwerdeverfahren unstreitig. Hinsichtlich des Kindes K zahlt der Antragsteller seit Juni 2015 unstreitig und einvernehmlich monatlich 292,00 €, so dass für die Höhe des Trennungsunterhalts unbeschadet der fraglichen unterhaltsrechtlich richtigen Höhe des Anspruches auf Kindesunterhalt dieser Betrag zugrunde zu legen ist. Eine Nachforderung für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum wird nicht erfolgen.

30
(3) Zeile 11: Das der Höhe nach unstreitige Einkommen der Antragsgegnerin beruht auf einer Tätigkeit mit 70% von einer Vollzeitbeschäftigung. Eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Ausweitung ihrer Arbeitszeiten zur Erhöhung ihrer Leistungsfähigkeit besteht auch unabhängig von der von ihr geleisteten Betreuung eines minderjährigen Kindes vorliegend nicht. Die Teilzeittätigkeit der Antragsgegnerin war eheprägend, eine gesteigerte Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsverpflichteten besteht im Rahmen des Trennungsunterhalts nicht. Der Antragsgegner wäre zumindest ab November 2015 gehalten gewesen, ihm mögliche eigene erhebliche Einkünfte in erheblicher Höhe zu erzielen und so seinen Lebensunterhalt im Wesentlichen sicherzustellen. Aufgrund des auf Seiten des Antragstellers als Unterhaltsgläubiger anzusetzenden erheblichen Einkommens und der damit bei ihm einzustellenden guten wirtschaftlichen Verhältnisse ist die Beibehaltung der 7/10 Tätigkeit der Antragsgegnerin im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung des eheprägenden Charakters nicht als Verstoß gegen die ihr zukommende Erwerbsobliegenheit im Rahmen der Bedarfsbestimmung zum Ehegattentrennungsunterhalt zu qualifizieren. Die Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin ist vorliegend nicht fraglich.

31
Soweit der Antragsteller in der Beschwerde die Fortschreibung der Einkünfte der Antragsgegnerin durch das Amtsgericht ab dem Jahr 2019 angreift, hätte es ihm oblegen, durch entsprechende Angaben zu erhöhten Einkünften diese in das Verfahren einzuführen. Es wurden jedoch weder entsprechenden Belege zu Einkünften der Antragsgegnerin vorgelegt, noch diesbezüglich ein Auskunftsanspruch geltend gemacht.

32
(4) Zeile 13: Die vom Amtsgericht angesetzten Wohnwerte sind nach Auffassung des Senats nicht zu beanstanden. Soweit das Amtsgericht den angemessenen Wohnwert bis Oktober 2015 mit 600,00 € bemisst, kann nicht außer Betracht bleiben, dass die Antragsgegnerin zunächst zusätzlich ab Juni 2015 auch noch die Kosten für die von ihr im November 2014 bezogene Wohnung zu tragen hatte, da sie diese für den Versöhnungsversuch mit dem Antragsteller im Mai 2015 zunächst noch nicht gekündigt hatte und erst mit der Nutzungsvereinbarung bzgl. der Ehewohnung aufgeben konnte.

33
(5) Soweit nach neuerer Ansicht des Bundesgerichtshofs (Beschluss v. 29.09.2021, Az. XII ZB 474/20 = FamRZ 2021, S. 1965; Beschluss v. 18.05.2022, Az. XII ZB 325/20 = FamRZ 2022, 1366) beim das gemeinsame Kind betreuenden Elternteil im Rahmen der Bedarfsermittlung beim Ehegattenunterhalt ein Abzug für Kindesunterhaltsleistungen in Form von Naturalunterhalt auf Grundlage eines Kindesunterhaltsbedarfs aus dem gemeinsamen Einkommen beider Eltern vorzunehmen sei, vermag sich der Senat dieser Rechtsansicht nicht anzuschließen. Da sich dies aufgrund der nachfolgenden Ausführungen vorliegend nur zu Gunsten des Antragstellers auswirkt und dennoch der Trennungsunterhaltsanspruch vollständig verwirkt ist, kann zur Begründung auf den Beschluss des OLG Oldenburg vom 16.05.2023 (Az. 3 UF 32/23 = FamRZ 2023, S. 1371) verwiesen und von der Darstellung weiterer Gesichtspunkte, die dieser neueren Ansicht des Bundesgerichtshofs entgegenstehen (vgl. hierzu z.B. Handbuch Familienrecht/Kintzel, 12. Aufl. 2021, Kap. 6 Rdn. 675 und 706 m.w.N.; Götz/Seiler,

Systemwechsel im Unterhaltsre…, FamRZ 2022, 1338; Schürmann, jurisPR-FamR 18/2023 Anm. 4), abgesehen werden.

34
b) Aufgrund des schwerwiegenden Fehlverhaltens des Antragstellers zum Nachteil der Antragsgegnerin gemäß § 1579 Nr. 7 BGB ist der Unterhaltsanspruch des Antragstellers auch unter Einbeziehung seiner Höhe – wie dargestellt – in den jeweiligen Zeiträumen vollständig verwirkt.

35
Dieses gilt ohne Weiteres ab November 2015, nachdem der Antragsteller über ein das Existenzminimum des unterhaltsberechtigten Ehegatten weit übersteigendes bereinigtes Einkommen von ca. 3.700,00 € verfügte. Auch für den Zeitraum Juni bis Oktober 2015 ist der Unterhaltsanspruch jedoch vollständig verwirkt. Zwar verfügte der Antragsteller zu diesem Zeitpunkt nur ihm zurechenbar über ein deutlich geringeres Einkommen aus selbständiger Tätigkeit von bereinigt 877,00 €, welches unter dem Existenzminimum des unterhaltsberechtigten erwerbstätigen Ehegatten von 1.080,00 € lag. Allerdings handelt es sich um einen sehr begrenzten Unterhaltszeitraum von lediglich fünf Monaten, wobei der Antragsteller unstreitig über nicht unerhebliche Vermögenswerte verfügte, die er zur Überbrückung problemlos hätte einsetzen können. Diese umfassen nicht zuletzt die erhebliche Modelleisenbahnsammlung des Antragsgegners mit einem Gesamtwert von 100.000,00 € oder mehr, die einer Teilverwertung ohne Weiteres zugänglich war.

36
c) Nachdem bereits die konkreten Umstände der außerehelichen Beziehung des Antragstellers zur Zeugin Z eine vollständige Verwirkung des Unterhaltsanspruchs gemäß § 1579 Nr. 7 BGB begründen, kann dahinstehen, ob insoweit auch den von der Antragsgegnerin behaupteten Gewalttätigkeiten des Antragstellers ihr gegenüber Relevanz zukommt.

37
3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 243 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 FamFG unter Berücksichtigung des Unterliegens des Antragstellers mit seiner Beschwerde.

38
4. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zu entscheidungserheblichen Rechtsfragen nicht erfordert.

39
5. Die Festsetzung des Verfahrenswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 40, 51 Abs. 1, Abs. 2 FamGKG. Beschwerdegegenständlich sind bis zur Anhängigkeit des Verfahrens im November 2017 fällige Unterhaltsrückstände in Höhe von 46.748 € (§ 51 Abs. 2 FamGKG) sowie der Jahresbetrag laufend geltend gemachter monatlicher Unterhaltsansprüche von 2.384,00 € und somit 28.608 € (§ 51 Abs. 1 FamGKG). Nachdem der Hilfsantrag zur Nutzungsentschädigung zuletzt nicht mehr geltend gemacht wurde, wirkt er nicht verfahrenswerterhöhend (§ 39 Abs. 1 Satz 2 FamGKG).