BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 24/04

Verkündet am:
22. November 2006
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1361 Abs. 1 Satz 2, 1360 a Abs. 3, 1613 Abs. 1 Satz 1

Altersvorsorgeunterhalt kann für die Vergangenheit nicht erst von dem Zeitpunkt an verlangt werden, in dem er ausdrücklich geltend gemacht worden ist. Es reicht für die Inanspruchnahme des Unterhaltspflichtigen vielmehr aus, dass von diesem Auskunft mit dem Ziel der Geltendmachung eines Unterhaltsanspruchs begehrt worden ist.

BGH, Urteil vom 22. November 2006 - XII ZR 24/04 - OLG Frankfurt am Main
AG Frankfurt am Main

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 2006 durch die Richter Sprick, Weber-Monecke, Prof. Dr. Wagenitz, Dr. Ahlt und Dose

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. Januar 2004 bezüglich des für die Zeit von Juni bis November 2001 zu zahlenden Elementar- und Altersvorsorgeunterhalts aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Frankfurt am Main vom 5. Dezember 2002 insoweit teilweise abgeändert und bezüglich des Trennungsunterhalts insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an die Klägerin in Abänderung des am 19. Juni 1998 vor dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main (3 UF 44/98) geschlossenen Vergleichs folgenden Unterhalt zu zahlen:

für die Zeit vom 1. Januar 2001 bis Dezember 2003:

insgesamt 15.726,90 € Elementarunterhalt und 9.294 € Altersvorsorgeunterhalt nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz aus 5.819 € (davon 1.728 € Altersvorsorgeunterhalt) seit dem 1. Dezember 2001 und 173 € Zinsen für die Zeit bis dahin;

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

vom 1. Januar bis 31. März 2004:

Elementarunterhalt in Höhe von monatlich 1.141 € und Altersvorsorgeunterhalt in Höhe von monatlich 341 €;

ab 1. April 2004:

Elementarunterhalt von monatlich 848 € und Altersvorsorgeunterhalt von monatlich 225 €,
zahlbar jeweils im Voraus.

Die weitergehende Berufung der Klägerin und die Revision des Beklagten werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz tragen die Klägerin ¼ und der Beklagte ¾.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt den Beklagten im Wege der Abänderungsklage auf Zahlung höheren Trennungs- und Kindesunterhalts in Anspruch.

2 Die Parteien sind getrennt lebende Eheleute, zwischen denen ein Scheidungsverfahren rechtshängig ist. Aus der Ehe sind die Kinder Alexander, geboren am 23. Januar 1987, und Melanie, geboren am 14. März 1990, hervorge-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS

gangen, die sich in der Obhut der Klägerin befinden. Das Kind Melanie ist an Diabetes erkrankt und in streitigem Umfang erhöht betreuungsbedürftig.

3 In einem vorausgegangenen Verfahren haben die Parteien vor dem Oberlandesgericht am 19. Juni 1998 einen Vergleich geschlossen, nach dem sich der Beklagte u.a. verpflichtete, an die Klägerin Trennungsunterhalt in Höhe von monatlich 1.200 DM und für die Kinder jeweils monatlich 450 DM abzüglich des hälftigen Kindergeldes zu zahlen.

4 Mit ihrer im Oktober 2001 eingereichten Klage hat die Klägerin höheren Kindes- und Trennungsunterhalt mit der Begründung verlangt, dass die im Vergleich zugunsten des Beklagten berücksichtigten Belastungen durch Bedienung von Annuitäten und weiteren Hauslasten von monatlich etwa 2.500 DM mit der Veräußerung des gemeinsamen Hauses zum Jahreswechsel 1999/2000 entfallen seien.

5 Das Amtsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat das angefochtene Urteil auf die Berufung beider Parteien teilweise abgeändert. Es hat die Revision zugunsten des Beklagten für die Zeit ab 1. Januar 2001 zugelassen und zugunsten der Klägerin, soweit ihre Klage auf Ehegattenunterhalt für die Zeit vom 1. Juni bis 30. November 2001 abgewiesen worden ist. Die Parteien haben jeweils Revision eingelegt. Die Klägerin begehrt für die Zeit von Juni bis November 2001 den Trennungsunterhalt, der sich unter zusätzlicher Berücksichtigung des Altersvorsorgeunterhalts auf der Grundlage des vom Berufungsgericht zuerkannten Elementarunterhalts ergibt; der Beklagte erstrebt für die Zeit ab Januar 2001 Abweisung der Abänderungsklage.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision der Klägerin hat Erfolg, während sich die Revision des Beklagten als unbegründet erweist.

A

7 Revision des Beklagten:

8 I. Kindesunterhalt

9 1. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung höheren Kindesunterhalts als durch den Vergleich tituliert verurteilt und zur Bemessung des Unterhalts im Wesentlichen ausgeführt: Von dem Einkommen des Beklagten seien neben den zu berücksichtigenden Kosten für die Fahrten zur Arbeit keine weiteren berufsbedingten Aufwendungen für die berufliche Nutzung des privaten Telefons sowie wegen erhöhter Kleidungskosten in Abzug zu bringen, da sich der betreffende Aufwand nicht eindeutig von den Kosten der privaten Lebensführung abgrenzen lasse. Aufwendungen für eine zusätzliche Altersversorgung seien ebenfalls nicht anzuerkennen, da der Beklagte nicht dargelegt habe, dass ihm solche Aufwendungen tatsächlich entstünden. Die von diesem mit monatlich 154 € bezifferten Kosten zur Ausübung des Umgangsrechts mit seinen Kindern rechtfertigten ebenso wenig einen Einkommensabzug, da die Kosten mit dem dem Beklagten zukommenden Kindergeldanteil bestritten werden könnten.

10 Dies lässt keine Rechtsfehler erkennen.

11 2. Die Revision rügt insofern:

12 a) Das Berufungsgericht habe keine zusätzlichen berufsbedingten Aufwendungen als abzugsfähig anerkannt. Der Beklagte habe geltend gemacht, monatlich 43,50 € für Hemdenreinigung, 20,11 € für Kleiderreinigung und 37 € an Telefonkosten (1/3 der durchschnittlichen Kosten des privaten Anschlusses) aufzuwenden. Zur Begründung habe er auf seine berufliche Stellung in gehobener Position - mit hohem Einkommen - verwiesen, die eine tägliche Hemdenreinigung und periodische Kleiderreinigung erforderlich mache. Aus beruflichen Gründen müsse er zu Hause jederzeit telefonisch erreichbar sein und ebenso von zu Hause aus beruflich telefonieren können. Das Oberlandesgericht habe die Möglichkeit verkannt, die berufsbedingt erhöhten Kleidungskosten und Telefonkosten nach § 287 ZPO zu schätzen und zu pauschalieren.

13 Damit kann die Revision nicht durchdringen.

14 Zwar kann berufsbedingter Aufwand unter Berücksichtigung eventueller Eigenersparnisse vorab vom Einkommen abgezogen werden. Das setzt aber voraus, dass der Aufwand notwendigerweise mit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit verbunden ist und sich eindeutig von den Kosten der privaten Lebenshaltung abgrenzen lässt. Letzteres ist, wie das Oberlandesgericht zu Recht angenommen hat, bezüglich der geltend gemachten Kosten nicht der Fall. Sowohl Kosten der Kleider- und Hemdenreinigung als auch Telefonkosten fallen allgemein an. Ein aus beruflichen Gründen entstehender Mehraufwand dieser Art lässt sich ohne konkrete Angaben hierzu grundsätzlich nicht mit der erforderlichen Zuverlässigkeit schätzen. Im Übrigen wird dem mit der Erwerbstätigkeit verbundenen erhöhten Aufwand bei der Bemessung des Ehegattenunterhalts auch dadurch Rechnung getragen, dass dem Unterhaltspflichtigen ein so ge-

nannter Erwerbstätigenbonus (hier: 1/5 bzw. 1/7) zugebilligt wird (vgl. Senatsurteil vom 16. April 1997 - XII ZR 233/95 - FamRZ 1997, 806, 807).

15 b) Der Beklagte habe im Hinblick auf die einschneidenden Änderungen der gesetzlichen Altersversicherung Aufwendungen für eine so genannte "Riester-Rente" in Höhe von monatlich 180 € geltend gemacht. Aus seinem Sachvortrag ergebe sich, dass er auf den Abschluss einer Zusatzversicherung für die Altersvorsorge dringend angewiesen und gewillt sei, dem von seiner Arbeitgeberin angebotenen Gruppen-Versicherungsvertrag beizutreten. Die Abzugsfähigkeit der betreffenden Aufwendungen dürfe entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht daran scheitern, dass der Beklagte solche tatsächlich noch nicht erbringe. Er wolle dem angebotenen Gruppen-Versicherungsvertrag beitreten, sobald geklärt sei, dass er den dafür erforderlichen Betrag von monatlich 180 € als Altersvorsorgeaufwendung bei der Berechnung seines Nettoeinkommens vorweg in Abzug bringen dürfe.

16 Auch dieser Einwand bleibt ohne Erfolg.

17 Die Revision räumt ein, dass der Beklagte bisher keine Aufwendungen für eine zusätzliche Altersversorgung macht, sondern eine solche nur dann betreiben will, wenn dies unterhaltsrechtlich anerkannt wird. Voraussetzung für eine Absetzbarkeit von Vorsorgeaufwendungen ist indessen, dass derartige Aufwendungen tatsächlich geleistet werden. Fiktive Abzüge kommen insoweit nicht in Betracht (Senatsurteil vom 19. Februar 2003 - XII ZR 67/00 - FamRZ 2003, 860, 863). Um Risiken hinsichtlich der unterhaltsrechtlichen Anerkennung vorzubeugen, hätte der Beklagte - z.B. auf einem Sparkonto - entsprechende Rücklagen bilden können, was hätte anerkannt werden können (vgl. Senatsurteil vom 19. Februar 2003 aaO). Falls der Aufwand als nicht gerechtfertigt angesehen worden wäre, hätte der Beklagte über die zurückgelegten Mittel wieder

verfügen können, ohne sich im Rahmen der "Riester-Rente" gebunden zu haben.

18 c) Das Amtsgericht habe dem Beklagten gestattet, von seinem Nettoeinkommen ab Juli 2002 monatlich 154 € an Kosten für die Besuche seiner Kinder in H. abzusetzen. Das Berufungsgericht habe dies bestätigt, und zwar bereits für die Zeit ab Januar 2001, den Abzug in der zusammenfassenden Einkommensberechnung aber nicht berücksichtigt.

19 Auch insoweit hält das Berufungsurteil der rechtlichen Nachprüfung stand.

20 Der Senat hält allerdings, wie er inzwischen entschieden hat , an seiner früheren Rechtsprechung, nach der der Umgangsberechtigte die üblichen Kosten, die ihm bei der Ausübung des Umgangsrechts entstehen, grundsätzlich selbst zu tragen hat, im Hinblick auf die durch das Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes zum 1. Juli 1998 veränderten Rechtslage nicht mehr uneingeschränkt fest. Nach § 1684 BGB, der inzwischen - anstelle des weggefallenen § 1634 BGB - den Umgang des Kindes mit den Eltern regelt, hat einerseits das Kind das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; andererseits ist aber auch jeder Elternteil zum Umgang mit dem Kind berechtigt und verpflichtet (§ 1684 Abs. 1 BGB). Beides ist Ausfluss seiner Verantwortung für dessen Wohl (§§ 1618 a, 1626, 1631 BGB). Die in § 1684 Abs. 1 BGB geregelten Rechte und Pflichten stehen - ebenso wie die elterliche Sorge des anderen Elternteils - unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG (BVerfG FamRZ 2002, 809).

21 Andererseits kann die Regelung des § 1612 b Abs. 5 BGB über die Anrechnung des Kindergeldes zur Folge haben, dass dem barunterhaltspflichtigen Elternteil das anteilige Kindergeld ganz oder teilweise nicht mehr zugute

kommt, er hierdurch mithin auch keine finanzielle Entlastung hinsichtlich der durch die Ausübung des Umgangsrechts entstehenden Kosten zu erlangen vermag. Er muss deshalb die Umgangskosten aus seinem nach Abzug des Unterhalts verbleibenden Einkommen bestreiten. Wenn und soweit das über den notwendigen Selbstbehalt hinaus noch vorhandene Einkommen hierfür nicht ausreicht, kann dies einen Elternteil zu einer Einschränkung der Umgangskontakte veranlassen und damit auch den Interessen des Kindes zuwiderlaufen.

22 Da das Unterhaltsrecht dem Unterhaltspflichtigen nicht die Möglichkeit nehmen darf, sein Umgangsrecht zur Erhaltung der Eltern-Kind-Beziehung auszuüben, sind die damit verbundenen Kosten konsequenterweise unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen, wenn und soweit sie nicht anderweitig, insbesondere nicht aus dem anteiligen Kindergeld, bestritten werden können (Senatsurteil vom 23. Februar 2005 - XII ZR 56/02 - FamRZ 2005, 706, 708).

23 Danach hat das Berufungsgericht es indessen zu Recht abgelehnt, wegen der Kosten der Ausübung des Umgangsrechts einen Abzug vom Einkommen des Beklagten vorzunehmen. Die in Übereinstimmung mit seinem Vortrag mit monatlich 154 € bezifferten Kosten des Umgangs mit den Kindern können ab Januar 2002 aus dem hälftigen Kindergeld für die beiden Kinder, das ihm uneingeschränkt zugute kommt, gedeckt werden. Für die Zeit davor verblieb ein Fehlbetrag von 30 DM monatlich, den der Beklagte aus seinem Einkommen bestreiten konnte, da sein Selbstbehalt gleichwohl nicht berührt wurde.

24 d) Die weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts zur Feststellung des unterhaltsrelevanten Einkommens des Beklagten sind aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden. Auch die Revision greift diese nicht an. Beides gilt gleichermaßen für die Berechnung des Kindesunterhalts anhand der vom Berufungsgericht angewandten Düsseldorfer Tabelle in der jeweils maßgeben-

den Fassung. Insgesamt erweist sich damit die Verurteilung zur Zahlung des Kindesunterhalts als rechtsbedenkenfrei.

25 II. Trennungsunterhalt

26 1. Das Berufungsgericht hat der Klägerin höheren Trennungsunterhalt gemäß § 1361 Abs. 2 BGB mit der Begründung zuerkannt, sie sei bis März 2004 aufgrund der Kindesbetreuung in vollem Umfang unterhaltsbedürftig. Ab April 2004 (nachdem das Kind Melanie das 14. Lebensjahr vollendet hat) hat es ihr ein fiktives Einkommen von monatlich 800 € netto zugerechnet. Dies weist ebenso wenig wie die weitere Berechnung Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten auf und wird auch von der Revision nicht beanstandet. Die Nichtberücksichtigung des für Melanie gezahlten Pflegegeldes entspricht im Übrigen der geänderten Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsurteil vom 1. März 2006 - XII ZR 157/03 - FamRZ 2006, 846, 848).

27 2. Zu der vom Beklagten eingewandten Verwirkung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin hat das Berufungsgericht ausgeführt:

28 Soweit die Klägerin im Rechtsstreit das Verhalten des Beklagten oder seiner in den Familienkonflikt involvierten Eltern auch in scharfen Wendungen kritisiert habe, habe sie in Wahrnehmung eigener Interessen gehandelt. Es sei zu berücksichtigen, dass die betreffenden Schriftsätze die Akten und den internen Bereich der Parteien nicht verlassen und von daher keine Außenwirkung entfaltet hätten. Insofern bestehe ein weiter Handlungsspielraum, der nicht verlassen worden sei. Die behauptete Anschwärzung des Beklagten beim Finanzamt sei zwar ein verwirkungsrelevanter Tatbestand, der aber bestritten und nicht unter (tauglichen) Beweis gestellt worden sei. Die angebotene Beiziehung

der Steuerakte sei ein ungeeignetes Beweismittel, da diese dem Steuergeheimnis unterliege. Auch die vorgetragenen Schwierigkeiten bei der Ausübung des Umgangsrechts lägen weit unterhalb der Schwelle, bei der eine Verwirkung des Unterhalts gerechtfertigt sein könne. Eine hartnäckige und nachhaltige Verweigerung des Umgangsrechts ohne nachvollziehbaren Grund könne zwar ein Verwirkungsgrund sein. Eine solche Verweigerung sei hier aber nicht gegeben. Der Beklagte habe regelmäßigen Umgang mit den Kindern, dessen Kosten er sogar unterhaltsrechtlich geltend mache. Soweit es bei der tatsächlichen Handhabung im Einzelfall zu Schwierigkeiten gekommen sei, insbesondere in Bezug auf die Einbeziehung seiner Eltern bei den Besuchen, hätten diese ihren Grund in der unterschiedlichen Bewertung des Kindeswohls und lägen damit im Rahmen eigener Interessenwahrnehmung. Einem Verwirkungsgrund am nächsten kämen die Vorgänge anlässlich des Umzugs der Klägerin mit den Kindern nach H. Am 16. Dezember 2000 sei der Beklagte mit Helfern vor dem Haus erschienen, um den ihm gehörenden Teil des Hausrats abzuholen. Ihm sei jedoch der Zutritt verwehrt worden. Später habe die Klägerin den von ihr nicht beanspruchten und benötigten Hausrat als Sperrmüll entsorgt. Die Erklärung der Klägerin hierzu, sie habe mangels vorheriger Absprache über die Teilung nicht dulden müssen, dass der Beklagte unkontrolliert Sachen aus dem Haus trage, überzeuge nicht. Gleichwohl sei auch dieser Vorfall nicht schwerwiegend genug, um eine Versagung oder auch nur Kürzung des Unterhalts unter Verwirkungsgesichtspunkten zu tragen. Das Verhalten der Klägerin auf einem Höhepunkt des Ehekonflikts sei offenbar mehr aus Verärgerung und überzogener Wahrnehmung eigener Rechtspositionen denn aus Schädigungsabsicht erfolgt. Der Beklagte habe seinerseits davon abgesehen, den Schaden durch nochmaligen Abholungsversuch nach von der Klägerin gewünschter Abstimmung zu vermeiden.

29 3. a) Dagegen wendet die Revision ein: Die vorgetragenen Verwirkungsgründe müssten jedenfalls zu einer Herabsetzung des zugesprochenen Betreuungsunterhalts führen. Das Berufungsgericht sei für die Zeit ab April 2004 von einem deutlich verminderten Betreuungsbedarf der Tochter Melanie ausgegangen. Für den Sohn Alexander habe ohnehin kein Betreuungsbedarf mehr bestanden. Für die Zeit ab April habe die Betreuung der Kinder dem Verwirkungseinwand deshalb nicht mehr entgegengehalten werden können. Zutreffend sehe das Berufungsurteil die behauptete Anschwärzung des Beklagten beim Finanzamt als verwirkungsrelevanten Tatbestand an. Der Beklagte habe hierfür als Beweismittel die Beiziehung seiner eigenen Steuerakten angeboten. Die Klägerin habe im Übrigen selbst vorgetragen, sie habe mit dem Finanzamt wegen angeblich falscher Angaben des Beklagten und einer versuchten Steuerstraftat telefoniert und damit die Anschwärzung im Grunde zugestanden. Unabhängig davon habe die zum Beweis angebotene Beiziehung der Steuerakten nicht mit dem Hinweis auf das Steuergeheimnis als ungeeignet zurückgewiesen werden dürfen. Der Antrag auf Beiziehung der Steuerakten sei als konkludente Befreiung des Finanzamts von der Schweigepflicht zu verstehen. Die verbalen Angriffe der Klägerin gegen den Beklagten und seine Eltern sehe das Berufungsgericht zu Unrecht als berechtigte Wahrnehmung eigener Interessen an. Auch die Vorgänge im Zusammenhang mit dem Umzug der Klägerin nach H. seien tatsächlich und rechtlich fehlerhaft bewertet worden. Mit Hilfe des Familiengerichts sei der Termin für die Abholung der Sachen des Beklagten auf den 16. Dezember 2000, 9.00 Uhr festgelegt worden. Dem Beklagten sei indessen an diesem Tag der Zutritt zur Wohnung und die Abholung seiner Sachen verweigert worden. Die Klägerin habe ihn durch ihr Verhalten vorsätzlich geschädigt und die Notwendigkeit begründet, neue Möbel anzuschaffen, obwohl dem Beklagten das Geld dazu gefehlt habe. Auch wenn die vorgetragenen Schwierigkeiten bei der Ausübung des Umgangsrechts für sich allein als Verwirkungs-

grund nicht ausreichten, so seien sie doch bei einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen. Ferner sei in die Beurteilung einzubeziehen, dass die Klägerin abredewidrig 6.000 DM aus dem Verkauf des Pkw des Beklagten nicht an diesen herausgegeben habe, obwohl sie den Verkauf treuhänderisch übernommen habe. Schließlich leide die Begründung zum Verwirkungseinwand daran, dass die vorgetragenen Verwirkungsgründe nur einzeln auf ihre Erheblichkeit geprüft worden und die gebotene Gesamtwürdigung aller Umstände unterlassen worden sei.

30 b) Auch in dieser Hinsicht bleibt der Revision des Beklagten ein Erfolg versagt. Die Auffassung des Berufungsgerichts, es liege kein die Annahme eines Unterhaltsausschlusses oder einer Unterhaltsbeschränkung rechtfertigendes Verhalten der Klägerin im Sinne des § 1361 Abs. 3 in Verbindung mit § 1579 Nr. 2, 4, 6 oder 7 BGB vor, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

31 aa) Das Berufungsgericht hat den Verwirkungseinwand nicht mit Rücksicht auf die Kinderbetreuung zurückgewiesen, sondern weil die rechtlichen Voraussetzungen einer Verwirkung nicht erfüllt seien. Auf die Betreuungsbedürftigkeit der Kinder kommt es deshalb insoweit nicht an.

32 bb) Bezüglich der im Rahmen des Rechtsstreits seitens der Klägerin benutzten Formulierungen folgt der Senat der Würdigung des Berufungsgerichts. Entgegen dem Vorbringen der Revision ist den Eltern des Beklagten auch nicht uneingeschränkt ein Prozessbetrug vorgeworfen worden. Vielmehr heißt es in dem von der Revision angeführten Schriftsatz des Klägervertreters, die Eltern hätten - auch nach Überzeugung der Berufungskammer beim Landgericht - mit einiger Wahrscheinlichkeit mit den Mitteln des Prozessbetrugs eine Forderung

durchzusetzen versucht. Insgesamt ist das Verhalten deshalb unter dem Gesichtspunkt der Wahrung berechtigter Interessen der Klägerin zu werten.

33 cc) Was die behauptete Anschwärzung des Beklagten beim Finanzamt anbelangt, trifft es nicht zu, dass die Klägerin diesen Vorwurf eingeräumt hätte. Ihre Ausführungen legen vielmehr die Annahme nahe, dass sie von einem Bediensteten des Finanzamts angerufen und aufgefordert wurde, die Anlage U zur Einkommensteuererklärung zu unterzeichnen, und sich bei diesem Telefonat herausstellte, dass der Beklagte eine Anlage U mit einem darin angegebenen Betrag von 27.000 DM eingereicht hatte. Unzutreffende Angaben insofern brauchte die Klägerin aber nicht hinzunehmen, zumal sie auf die im Rahmen des begrenzten Realsplittings steuerlich geltend gemachten Unterhaltszahlungen ihrerseits Steuern zu entrichten hat.

34 Ein taugliches Beweismittel hat der Beklagte für seinen von der Klägerin bestrittenen Vortrag nicht angeboten. Die Bezugnahme auf eine gesamte Akte stellt kein ordnungsgemäßes Beweisangebot dar. Abgesehen davon unterliegt die Steuerakte, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, dem Steuergeheimnis. Jedenfalls für die Vergangenheit handelt es sich aber um eine gemeinsame Steuerakte der Eheleute, so dass eine konkludente Befreiung des Finanzamts von der Schweigepflicht seitens des Beklagten allein nicht ausreichend war.

35 dd) Hinsichtlich der Vorgänge im Zusammenhang mit dem Umzug und mit der Hausratsteilung hat das Berufungsgericht weder entscheidungserheblichen Vortrag übergangen noch die zugrunde gelegten Tatsachen rechtlich unzutreffend bewertet. Gegen die tatrichterliche Würdigung, dass die Rechtsfolge einer Verwirkung unverhältnismäßig ist, nachdem der Beklagte seinerseits nicht einmal versucht hat, den eingetretenen Schaden durch den erneuten Versuch

einer Terminabstimmung zu verhindern, bestehen revisionsrechtlich keine Bedenken.

36 ee) Auch in der behaupteten Behinderung des Umgangsrechts des Beklagten mit den Kindern vermag der Senat in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht kein Verhalten der Klägerin zu sehen, das zur Verwirkung des Unterhalts führt. Bloße Schwierigkeiten bei der Ausübung des - tatsächlich gewährten - Umgangsrechts reichen hierfür noch nicht aus.

37 ff) Soweit die Revision geltend macht, nach dem Vortrag des Beklagten habe die Klägerin abredewidrig 6.000 DM aus dem Verkauf des Pkw BMW nicht an diesen herausgegeben, obwohl sie den Verkauf treuhänderisch übernommen habe, kann schließlich auch daraus nichts für eine Verwirkung hergeleitet werden, da zu weiteren Einzelheiten und zum Hintergrund dieses Geschehens kein Vortrag erfolgt ist. Das Berufungsgericht brauchte sich deshalb damit auch nicht auseinanderzusetzen.

38 gg) Letztlich kann die Revision auch aus der vermissten Gesamtabwägung des Beklagtenvortrags nichts herleiten. Nach den tatrichterlichen Feststellungen bleiben nur Behinderungen des Umgangsrechts, die weit unterhalb der Schwelle liegen, bei der eine Verwirkung gerechtfertigt ist, sowie der Vorfall bezüglich des Hausrats. Deshalb ist nicht ersichtlich, dass das Oberlandesgericht aufgrund einer Gesamtabwägung zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, auch wenn hierzu nichts ausdrücklich ausgeführt worden ist.

B

39 Revision der Klägerin

40 1. Das Berufungsgericht hat der Klägerin Altersvorsorgeunterhalt für die Zeit von Juni bis November 2001 versagt. Zur Begründung hat es ausgeführt: Der erforderliche Verzug sei insofern erst mit der Geltendmachung im Rechtsstreit und damit ab Rechtshängigkeit eingetreten. Für diese Beurteilung spreche bereits die Erwägung, dass über den regelmäßigen Bedarf hinausgehender Mehr- und Sonderbedarf gesondert angemahnt werden müsse, wie sich aus der Regelung des § 1613 Abs. 2 BGB ergebe. Im Übrigen folge dies auch aus der Abwägung der Interessen der Beteiligten. Dem Unterhaltsgläubiger bereite es keine Mühe, dem Auskunftsbegehren die Information hinzuzufügen, dass gegebenenfalls auch Vorsorgeunterhalt verlangt werde. Demgegenüber könne der Unterhaltsschuldner nicht wissen, ob auf ihn die zusätzliche Belastung mit Vorsorgeunterhalt zukomme. Die Warnfunktion, die der verzugsbegründenden Auskunftsaufforderung zukommen solle, würde dadurch ohne jede Notwendigkeit entfallen.

41 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

42 2. Nach § 1613 Abs. 1 Satz 1 BGB, der gemäß § 1360 a Abs. 3 BGB auch für den Trennungsunterhalt gilt, kann für die Vergangenheit Erfüllung u.a. von dem Zeitpunkt an gefordert werden, zu welchem der Verpflichtete zum Zwecke der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs aufgefordert worden ist, über seine Einkünfte und sein Vermögen Auskunft zu erteilen. Von dem Zeitpunkt des Zugangs dieses Begehrens an wird der Unterhaltspflichtige vom Gesetzgeber nicht mehr als schutzwürdig angesehen, weil er seine Einkommensverhältnisse kennt und gegebenenfalls Rücklagen bilden muss (MünchKomm/Born 4. Aufl. § 1613 Rdn. 5; vgl. auch BT-Drucks. 13/7338 S. 31). Die

Schutzfunktion, die der früher erforderlichen Mahnung zukam (vgl. insoweit zum Altersvorsorgeunterhalt: Senatsurteil vom 26. Mai 1982 - IVb ZR 715/80 - FamRZ 1982, 887, 890), ist also bewusst abgeschwächt worden.

43 Der Altersvorsorgeunterhalt gehört ab Beginn des Monats, in dem die Scheidungsklage rechtshängig wird (hier: April 1999), gemäß § 1361 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Lebensbedarf im Rahmen des Trennungsunterhalts. Das Gesetz sorgt auf diese Weise für eine lückenlose "soziale Biografie", da der Versorgungsausgleich gemäß § 1587 Abs. 2 BGB nur die Zeit bis zum Ende des Monats umfasst, der der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage vorangeht, und § 1578 Abs. 3 BGB erst ab dem Tag der Rechtskraft der Scheidung eingreift. Dabei sind Elementar- und Altersvorsorgeunterhalt nicht Gegenstand eigenständiger Ansprüche, sondern lediglich Teile des einheitlichen, den gesamten Lebensbedarf umfassenden Unterhaltsanspruchs (st. Rspr., vgl. etwa Senatsurteil vom 17. Februar 1982 - IVb ZR 658/80 - FamRZ 1982, 465 und vom 25. Oktober 2006 - XII ZR 141/04 - zur Veröffentlichung vorgesehen; Johannsen/Henrich/Büttner Eherecht 4. Aufl. § 1361 Rdn. 116; Schwab/Borth Handbuch des Scheidungsrechts 5. Aufl. IV 970).

44 Mit Rücksicht darauf reicht es für eine Inanspruchnahme des Unterhaltspflichtigen für die Vergangenheit aus, wenn von diesem Auskunft mit dem Ziel der Geltendmachung eines Unterhaltsanspruchs begehrt worden ist. Eines gesonderten Hinweises, es werde auch Altersvorsorgeunterhalt verlangt, bedarf es nicht. Ob der Unterhaltsberechtigte letztlich auch Altersvorsorgeunterhalt beanspruchen kann, wird maßgeblich durch die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen bestimmt, die dieser selbst beurteilen kann (so im Ergebnis für die so genannte Stufenmahnung auch Schwab/Borth aaO IV 981).

45 3. Danach kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben. Der Senat ist in der Lage, in der Sache abschließend zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO), da weitere tatsächliche Feststellungen weder zu erwarten noch erforderlich sind.

46 a) Der Klägerin steht bereits für die Zeit ab Juni 2001 Altersvorsorgeunterhalt zu, da sie den Beklagten nach den getroffenen Feststellungen im März 2000 durch ein (nicht vorgelegtes, aber inhaltlich unstreitiges) Schreiben in einer der Bestimmung des § 1613 Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechenden Weise zur Auskunftserteilung aufgefordert hat.

47 b) Der Altersvorsorgeunterhalt ist auf der Grundlage des der Klägerin (von ihr) unangefochten zuerkannten Elementarunterhalts wie folgt zu berechnen:

Für Juni 2001:
Vorläufiger Elementarunterhalt: 2039 DM + (25 % gemäß Bremer Tabelle =) 509,75 DM = 2.548,75 DM; davon 19,1 % als Altersvorsorgeunterhalt = 486,81 DM, gerundet 487 DM.

Endgültiger Elementarunterhalt: 5.097 DM abzüglich (Altersvorsorgeunterhalt =) 487 DM = 4.610 DM; 2/5 = 1.844 DM.

1. Juli bis 30. November 2001:
Vorläufiger Elementarunterhalt: 2.020 DM + (25 % =) 505 DM = 2.525 DM, davon 19,1 % als Altersvorsorgeunterhalt = 482,28 DM, gerundet 482 DM.

Endgültiger Elementarunterhalt:
5.049 DM abzüglich (Altersvorsorgeunterhalt =) 482 DM = 4.567 DM; davon 2/5 = 1.826,80 DM, gerundet 1.827 DM.

48 Daraus errechnet sich unter Berücksichtigung gezahlter Beträge folgender Rückstand für die Zeit von Januar bis Dezember 2001:

Januar bis April: 1.889 DM abzüglich gezahlter 1.200 DM = 689 DM x 4	2.756 DM
Mai: 2.039 DM abzüglich gezahlter 1.200 DM =	839 DM
Juni: 1.844 DM abzüglich gezahlter 1.200 DM =	644 DM
Juli bis November: 1.827 DM abzüglich gezahlter 1.200 DM = 627 DM x 5 =	3.135 DM
Dezember: 1.827 DM abzüglich gezahlter 1.200 DM =	627 DM
	8.001 DM

= gerundet 4.091 €.

Altersvorsorgeunterhalt:

Juni 2001:	487 DM
Juli bis November 2001: 5 x 482 DM =	2.410 DM
Dezember 2001:	482 DM
	3.379 DM

= gerundet 1.728 €.

49 Für die Zeit bis Dezember 2003 ergibt sich unter Berücksichtigung gezahlter Beträge mithin folgender Rückstand:

Elementarunterhalt:	
nach dem Berufungsurteil zu zahlender Elementarunterhalt	16.319,80 €
abzüglich vom Berufungsgericht für die Zeit von Januar bis Dezember 2001 zuerkannter Elementarunterhalt	4.683,90 €
	11.635,90 €

zuzüglich nunmehr zuerkannter Elementarunterhalt für 2001	4.091,00 €
	15.726,90 €
Altersvorsorgeunterhalt:	
nach dem Berufungsurteil zu zahlender Alters-vorsorgeunterhalt	7.812 €
abzüglich vom Berufungsgericht für Dezember 2001 zuerkannter	246 €
	7.566 €
zuzüglich nunmehr insgesamt zuerkannter Alters-vorsorgeunterhalt für 2001	1.728 €
	9.294 €

Sprick Weber-Monecke Wagenitz

Ahlt Dose

Vorinstanzen:

AG Frankfurt, Entscheidung vom 05.12.2002 - 35 F 3388/01 -

OLG Frankfurt, Entscheidung vom 29.01.2004 - 1 UF 309/02 -