



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

XII ZB 385/23

Verkündet am:
31. Januar 2024
Zimmermann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

BGB § 138 Cd; FamFG §§ 89, 156 Abs. 2

Die Regelung in einem zwischen geschiedenen Ehegatten geschlossenen gerichtlichen Vergleich, welche die Fälligkeit einer ratenweise zu zahlenden Zugewinnausgleichsforderung mit der tatsächlichen Gewährung von Umgang mit den gemeinsamen Kindern verknüpft, ist jedenfalls dann sittenwidrig, wenn sie dazu bestimmt ist, die vereinbarte Umgangsregelung unter Ausschluss einer gerichtlichen Kontrolle am Maßstab des Kindeswohls erzwingbar zu machen.

BGH, Beschluss vom 31. Januar 2024 - XII ZB 385/23 - OLG München
AG München

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 2024 durch den Vorsitzenden Richter Guhling, die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Dr. Günter und Dr. Botur und die Richterin Dr. Pernice

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des 2. Zivilsenats - Familiensenat - des Oberlandesgerichts München vom 20. Juli 2023 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

A.

- 1 Die Beteiligten waren im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft miteinander verheiratet. Sie streiten um die Wirksamkeit und die verfahrensbeendende Wirkung eines in einem güterrechtlichen Verfahren geschlossenen gerichtlichen Vergleichs.

- 2 Die Beteiligten schlossen im Jahr 2002 die Ehe. Die Antragstellerin besitzt die peruanische Staatsangehörigkeit, der Antragsgegner ist deutscher Staatsangehöriger. Aus ihrer Ehe sind zwei gemeinsame Kinder hervorgegangen. Der letzte gemeinsame Aufenthalt der Ehegatten war in Deutschland, wo sich der Antragsgegner weiterhin aufhält. Die Antragstellerin siedelte im Jahr 2011 mit der im Jahr 2007 geborenen Tochter S. nach Peru über, wo im Jahr 2012 auch der gemeinsame Sohn M. geboren wurde. Es ist zwischen den Beteiligten umstritten, ob der Umzug der Antragstellerin nach Peru mit dem Einverständnis des Antragsgegners erfolgte. Die Ehe der Beteiligten wurde auf einen im November 2015 zugestellten Scheidungsantrag im Juni 2017 rechtskräftig geschieden.
- 3 In dem vorliegenden, mit Schriftsatz vom 22. März 2021 eingeleiteten Verfahren macht die Antragstellerin im Rahmen des Zugewinnausgleichs eine Teilforderung in Höhe von 80.000 € nebst Zinsen geltend, nachdem sie zuvor einen Vorausempfang auf den Zugewinnausgleich in Höhe von 30.000 € erhalten hatte. Im Laufe des Verfahrens haben die Beteiligten wechselseitige Vermögensauskünfte erteilt, wobei im Einzelnen streitig ist, inwieweit die Auskünfte vollständig und belegt sind. Der Antragsgegner hat sich zudem auf Verwirkung güterrechtlicher Ansprüche der Antragstellerin berufen, weil diese die beiden gemeinsamen Kinder ohne Absprache von einer durch den Antragsgegner bereits bezahlten deutschen Schule in Peru abgemeldet habe und ihm einen Umgang mit den Kindern in Deutschland verweigere. Im Termin vor dem Amtsgericht am 14. Dezember 2021 haben die Beteiligten zu gerichtlichem Protokoll einen vorgespielten und genehmigten Vergleich mit dem folgenden Wortlaut geschlossen:

„Vereinbarung:

1. Der Antragsgegner verpflichtet sich, zur Abgeltung sämtlicher Zugewinnausgleichsansprüche unter Berücksichtigung eines schon geleisteten Teilbetrages in Höhe von 30.000,00 € an die Antragstellerin einen Gesamtbetrag von weiteren € 60.000,00 zu zahlen.

2. Dem Antragsgegner wird nachgelassen, diesen weiteren Gesamtbetrag in Höhe von € 60.000,00 in drei jährlichen Raten zu € 20.000,00 an die Antragstellerin wegzufertigen.

Die jährliche Rate ist jeweils erst dann fällig, wenn die gemeinsamen Kinder der Beteiligten S. (...) und M. (...) drei Wochen Umgang mit dem Vater in Deutschland gehabt haben. Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass die dreiwöchige Umgangszeit bedeutet, dass Flugzeiten nicht zu den Umgangszeiten gehören.

Dem Antragsgegner ist nachgelassen, die Kinder auch in den peruanischen Winterferien, d.h. im europäischen Sommer, in Peru zu besuchen. Der Antragsgegner wird in den peruanischen Winterferien zumindest zehn Tage ungestört Umgang mit den Kindern haben.

3. Die jeweilige Rate von 20.000,00 € ist spätestens zwei Wochen nach Beendigung des dreiwöchigen Nettoumgangs des Vaters mit den gemeinsamen Kindern in Deutschland zur Zahlung an die Antragstellerin fällig.

Sofern der Sohn M. dies wünschen sollte, verpflichtet sich der Antragsgegner, dass die Kindsmutter M. in Deutschland während des Umgangs des Kindes in Deutschland sehen kann.

4. Die Beteiligten sind darüber einig, dass mit der Zahlungsverpflichtung über € 60.000,00 sämtliche güterrechtlichen Ansprüche abgegolten sind. Vorsorglich verzichten die Beteiligten wechselseitig auf allfällig darüber hinausgehende güterrechtliche Ansprüche und nehmen diesen Verzicht jeweils wechselseitig an.

5. Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.“

4

Mit gesondertem Beschluss vom 15. Dezember 2021 hat das Amtsgericht die familiengerichtliche Billigung des protokollierten Vergleichs ausgesprochen und Ordnungsmittel für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Umgangsver-

einbarung angedroht. Dieser Beschluss ist auf die Beschwerde der Antragstellerin durch das Oberlandesgericht mit der Begründung aufgehoben worden, dass das Amtsgericht keine den verfahrensrechtlichen Garantien des Kindschaftsrechts genügende Kindeswohlprüfung durchgeführt habe.

5 Mit Schriftsatz vom 20. Mai 2022 hat die Antragstellerin beantragt, das güterrechtliche Verfahren fortzuführen und im Wege des Zwischenbeschlusses festzustellen, dass die am 14. Dezember 2021 vor dem Amtsgericht geschlossene Vereinbarung „unwirksam und nichtig“ sei und „nicht zu einer Beendigung des Verfahrens geführt“ habe. Das Amtsgericht hat die Anträge zurückgewiesen und festgestellt, dass das Verfahren durch den Vergleich beendet ist. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin ist vor dem Oberlandesgericht ohne Erfolg geblieben.

6 Mit ihrer zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin das Ziel einer Fortsetzung des güterrechtlichen Verfahrens weiter.

B.

7 Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

I.

8 Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, dass der im vorliegenden Verfahren zwischen den Beteiligten geschlossene Vergleich wirksam sei und zur Beendigung des Verfahrens geführt habe. Insbesondere sei die Vereinbarung nicht wegen Sittenwidrigkeit unwirksam, was das Beschwerdegericht wie folgt begründet hat:

9 Vereinbarungen, in denen finanzielle Gegenleistungen für Zugeständnisse im Rahmen des Umgangs gemacht würden, seien nicht von vornherein sittenwidrig. Die Bedingung für die Zahlung sei kein ungesetzliches Verhalten, sondern beinhalte eine Handlung, zu der die Antragstellerin ohnehin verpflichtet sei, nämlich dem Antragsgegner Umgang mit den gemeinsamen Kindern zu gewähren. Sofern sich die Eltern einig seien, dürften diese allein über die konkrete Ausgestaltung des Umgangs entscheiden, ohne dass sie dabei eine Kindeswohlprüfung durchführen müssten. An Sittenwidrigkeit könne man nur denken, wenn eine Vereinbarung getroffen werde, die dem Kindeswohl offensichtlich zuwiderlaufe. Das sei hier nicht der Fall, weil im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses nichts dafür ersichtlich gewesen sei, dass ein dreiwöchiger Umgang der Kinder mit dem Antragsgegner in Deutschland dem Kindeswohl nicht entsprochen haben könnte. Davon könne auch derzeit nicht ausgegangen werden. Es führe insbesondere nicht zu einer Kindeswohlgefährdung durch den Umgang in Deutschland, dass die Kinder nur eingeschränkte Deutschkenntnisse hätten und M. noch niemals in Deutschland gewesen sei. Die Wirksamkeit des ursprünglich geschlossenen Vergleichs bliebe hiervon ohnehin unberührt.

10 Die Vereinbarung stelle auch keine unzulässige Kommerzialisierung des elterlichen Umgangsrechts dar. Zwar sei eine Vereinbarung, mit der gegen Freistellung von der Unterhaltspflicht auf das Umgangsrecht verzichtet werde, als sittenwidrig anzusehen. Die Sittenwidrigkeit beruhe in diesem Fall darauf, dass ein Verzicht auf das elterliche Umgangsrecht aus finanziellen Erwägungen dem Kindeswohl widerspreche, weil Kinder ein berechtigtes Interesse am Umgang mit beiden Elternteilen hätten und das Umgangsrecht als solches unverzichtbar sei. Damit sei der vorliegende Fall aber nicht vergleichbar, denn dieser liege gerade so, dass keinerlei Gründe ersichtlich seien, aus denen das Umgangsrecht ohne Zugewinnausgleichszahlung nicht in gleicher Weise zu gewähren gewesen wäre.

Es sei nicht zu missbilligen, dass der Antragsgegner ein Interesse an der Verknüpfung des Zugewinnausgleichs mit dem Umgang habe, weil die Durchsetzung des Umgangs in Peru schwierig sei.

II.

11 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten
stand.

12 1. Zutreffend sind allerdings die verfahrensrechtlichen Ausgangspunkte
des Beschwerdegerichts.

13 a) Das Beschwerdegericht ist mit Recht von einer zulässigen Antragstel-
lung durch die Antragstellerin ausgegangen. Ihr bei dem Amtsgericht gestellter
und im Beschwerdeverfahren zumindest sinngemäß aufrechterhaltener Antrag
auf Fortsetzung des Verfahrens ist dahingehend auszulegen, dass die Antrag-
stellerin eine sachliche Entscheidung über ihren im güterrechtlichen Verfahren
vor dem Vergleichsschluss zuletzt gestellten Zahlungsantrag über 80.000 €
nebst Zinsen begehrt. Soweit sich Bedenken an der Zulässigkeit des in den Vor-
instanzen angebrachten Zwischenfeststellungsantrages jedenfalls insoweit erge-
ben hätten, als es für eine eigenständige Feststellung, dass der gerichtliche Ver-
gleich das Verfahren nicht beendet hat, regelmäßig an dem gemäß § 113 Abs. 1
FamFG iVm § 256 Abs. 2 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse fehlen wird
(vgl. BAG NZA 2016, 716 Rn. 14; BAG NJW 2012, 3390 Rn. 13), bedarf dies
keiner weiteren Erörterung, weil die Antragstellerin ihren Zwischenfeststellungs-
antrag in der Rechtsbeschwerdeinstanz insgesamt nicht mehr weiterverfolgt.

- 14 b) Wird die Wirksamkeit eines gerichtlichen Vergleichs angegriffen und damit seine das Verfahren beendende Wirkung in Frage gestellt, ist der Streit hierüber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch Fortsetzung des Verfahrens auszutragen, in dem der gerichtliche Vergleich geschlossen worden ist (vgl. BGH Urteil vom 21. November 2013 - VII ZR 48/12 - NJW 2014, 394 Rn. 14 mwN; grundlegend BGHZ 28, 171 = NJW 1958, 1970, 1971 f.). Der gerichtliche Vergleich hat eine rechtliche Doppelnatur. Er ist einerseits Verfahrenshandlung, durch die der Rechtsstreit beendet wird und deren Wirksamkeit sich nach verfahrensrechtlichen Grundsätzen bestimmt. Andererseits ist er ein privates Rechtsgeschäft, für das die Vorschriften des materiellen Rechts gelten und mit dem die Beteiligten Ansprüche und Verbindlichkeiten regeln. Da die Verfahrenshandlung nur die Begleitform des materiell-rechtlichen Rechtsgeschäfts darstellt, würde einem vor Gericht geschlossenen Vergleich auch die verfahrensrechtliche Wirkung der Verfahrensbeendigung entzogen, wenn er aus materiell-rechtlichen Gründen unwirksam wäre (vgl. Senatsurteile vom 20. März 2013 - XII ZR 72/11 - FamRZ 2013, 853 Rn. 14 und vom 6. April 2011 - XII ZR 79/09 - FamRZ 2011, 1140 Rn. 10).
- 15 2. In der Sache ist die in Ziffern 2 und 3 des Vergleichs vom 14. Dezember 2021 enthaltene Stundungsabrede entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts wegen ihrer Verknüpfung mit der Umgangsregelung als sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB zu qualifizieren.
- 16 a) Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde allerdings geltend, dass der von den Beteiligten geschlossene Vergleich von vornherein schon unter dem Gesichtspunkt einer Kommerzialisierung des Umgangsrechts nach § 138 Abs. 1 BGB insgesamt sittenwidrig wäre.

- 17 aa) Zwar weist die Rechtsbeschwerde zu Recht darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des Senats Elternvereinbarungen unwirksam sind, in denen ein Verzicht auf das Umgangsrecht mit vermögenswerten Gegenleistungen in einer Weise verknüpft werden, dass das Kind darin zum Gegenstand eines Handels gemacht wird. Eine derartige Vereinbarung, bei der die zusagten wirtschaftlichen Vorteile einen ständigen Anreiz dafür bieten, ohne Rücksicht auf das Wohl des Kindes aus finanziellen Erwägungen von der Ausübung des Umgangsrechts abzusehen, ist als unzulässige Kommerzialisierung des elterlichen Umgangsrechts anzusehen und damit gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und nichtig (vgl. Senatsurteil vom 23. Mai 1984 - IVb ZR 9/83 - FamRZ 1984, 778, 779).
- 18 bb) Aus dieser Rechtsprechung lässt sich aber noch nicht ohne weiteres herleiten, dass schlechthin jede Verknüpfung zwischen einer Elternvereinbarung zum persönlichen Umgang mit dem Kind und einer Beilegung vermögensrechtlicher Streitigkeiten zwischen den Eltern bereits als unzulässige Kommerzialisierung des Umgangsrechts einzuordnen wäre. Wird das Recht und die Pflicht des Elternteils zum persönlichen Umgang mit dem Kind nicht in Frage gestellt, sondern (lediglich) eine konkrete und kindeswohldienliche Gestaltung des Umgangsrechts angestrebt, deren Zustandekommen durch vermögensrechtliche Zugeständnisse noch gefördert wird, könnte das Verdikt der Sittenwidrigkeit nicht gerechtfertigt sein (vgl. Staudinger/Dürbeck BGB [2023] § 1684 Rn. 142). Etwas anderes mag dann gelten, wenn im Einzelfall die Annahme berechtigt ist, dass ein offensichtlich nicht kindeswohldienlicher Umgang durch vermögenswerte Gegenleistungen - etwa durch die Zahlung eines nicht oder nicht in dieser Höhe geschuldeten Zugewinnausgleichs - „erkauft“ werden soll (vgl. Erman/Döll BGB 17. Aufl. § 1684 Rn. 16). So liegt der Fall hier jedoch erkennbar nicht. Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, sind jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass ein Umgang des Antragsgegners mit den Kindern

in Deutschland aus Kindeswohlgründen von vornherein ausgeschlossen gewesen sein könnte.

19 b) Das ändert aber nichts an der Beurteilung, dass die Verknüpfung von Vermögensbelangen der Eltern und dem persönlichen Umgang mit dem Kind aus dem Blickwinkel des Kindeswohls grundsätzlich immer bedenklich erscheinen muss, weil sie die Gefahr mit sich bringt, dass Gewährung und Ausgestaltung des Umgangs maßgeblich von den wirtschaftlichen Interessen der Eltern bestimmt werden und das Kind auf diese Weise zum Objekt eines Handels gemacht und besonderen Loyalitätskonflikten ausgesetzt wird. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die in Ziffern 2 und 3 des gerichtlichen Vergleichs enthaltenen Regelungen über die Fälligkeit der Ratenzahlungen auf den Zugewinnausgleich jedenfalls deshalb als sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB, weil sie dazu bestimmt sind, die darin enthaltene Regelung zum jährlichen Umgang der gemeinsamen Kinder mit dem Antragsgegner in Deutschland unter Ausschluss einer gerichtlichen Kontrolle am Maßstab des Kindeswohls erzwingbar zu machen.

20 aa) Im rechtlichen Ausgangspunkt bedarf eine Umgangsregelung zu ihrer Wirksamkeit zwar keiner gerichtlichen Genehmigung. Weil der Umgang des Kindes mit dem umgangsberechtigten Elternteil aber nicht der vertraglichen Disposition der Eltern unterliegt, ist eine Elternvereinbarung über die Ausgestaltung des Umgangs als solche nicht vollziehbar und vollstreckbar und wird auch durch die Aufnahme in ein gerichtliches Protokoll nicht zu einem Vollstreckungstitel. Ohne eine sachliche Kontrolle durch das Familiengericht können die Eltern die Erzwingung der das Kindeswohl berührenden Umgangsvereinbarung nicht herbeiführen. Das Gericht darf die Umgangsvereinbarung erst dann gemäß § 156 Abs. 2 FamFG billigen, wenn es nach Durchführung der sachdienlichen Ermittlungen im Anschluss an die Protokollierung eine eigene - wenn auch eingeschränkte - Kindeswohlprüfung vorgenommen hat (vgl. Senatsbeschluss vom

10. Juli 2019 - XII ZB 507/18 - FamRZ 2019, 1616 Rn. 12). Erst durch die familiengerichtliche Billigung erfährt die elterliche Umgangsvereinbarung ihre konkretisierende konstitutive Wirkung (vgl. Senatsbeschluss vom 11. Mai 2005 - XII ZB 120/04 - FamRZ 2005, 1471, 1473).

21 Die Eltern können das Erfordernis der gerichtlichen Billigung als notwendiger Voraussetzung der Vollziehbarkeit einer Umgangsvereinbarung nicht dadurch umgehen, dass sie eine Vertragsstrafe für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen die von ihnen getroffenen Umgangsregelungen vereinbaren. Eine solche Vertragsstrafenabrede ist deshalb sittenwidrig und nichtig, weil sie die vereinbarte Umgangsregelung unter Umgehung einer gerichtlichen Kontrolle am Kindeswohl erzwingbar machen soll und damit mittelbar eine freie vertragliche Disposition der Eltern über das Umgangsrecht herstellt (vgl. Staudinger/Dürbeck BGB [2023] § 1684 Rn. 152; Erman/Döll BGB 17. Aufl. § 1684 Rn. 16; Grandel/Stockmann/Reetz Stichwortkommentar Familienrecht 3. Aufl. „Vereinbarungen zum elterlichen Sorge- und Umgangsrecht“ Rn. 27; im Ergebnis ebenso Hammer in Bayer/Koch Scheidungsfolgenvereinbarungen S. 75, 87 f.: Nichtigkeit nach § 134 BGB; aA wohl Bergschneider Verträge in Familiensachen 7. Aufl. Rn. 294). Auch eine Vertragsstrafenvereinbarung zur Durchsetzung eines gerichtlich gebilligten Umgangsvergleichs wird - zumindest in reinen Inlandsfällen - wegen einer Umgehung der §§ 86 ff. FamFG regelmäßig unwirksam sein.

22 Dieser rechtliche Befund zur Sittenwidrigkeit wird durch die „Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für eine Reform des Kindschaftsrechts: Modernisierung von Sorgerecht, Umgangsrecht und Adoptionsrecht“ (in der Fassung vom 25. Januar 2024, veröffentlicht auf www.bmj.de) - unabhängig davon, dass diese keine Rechtssatzqualität besitzen - nicht grundlegend in Frage gestellt. Den Reformvorschlägen des Bundesministeriums der Justiz lässt sich zwar

die Vorstellung entnehmen, dass Eltern künftig gestattet sein solle, nach vorheriger Beratung durch das Jugendamt vollstreckbare Urkunden über eine von ihnen getroffene Umgangsvereinbarung zu errichten (vgl. Eckpunktepapier S. 7). Aber abgesehen davon, dass die Veröffentlichung der „Eckpunkte“ dieses Reformvorhabens zeitlich deutlich nach dem Vergleichsschluss erfolgte, soll auch nach diesen Vorschlägen jedenfalls daran festgehalten werden, dass eine Vollziehung von Umgangsvereinbarungen nur in einem staatlich regulierten und am Kindeswohl ausgerichteten Vollstreckungsverfahren erfolgen darf und „die Vereinbarung einer Gegenleistung oder einer Vertragsstrafe (...) bei Vereinbarungen zu Sorge und Umgang unzulässig“ sein soll (Eckpunktepapier S. 5).

23 bb) Gemessen an diesen Grundsätzen sind die Klauseln des gerichtlichen Vergleichs, welche die Fälligkeit der in Raten zu zahlenden Zugewinnausgleichsforderung an den stattgefundenen Umgang des Antragsgegners mit den beiden Kindern in Deutschland knüpfen, unwirksam.

24 (1) Zum einen weisen die Bestimmungen in Ziffern 2 und 3 des gerichtlichen Vergleichs Ähnlichkeiten mit einer Vertragsstrafenvereinbarung auf.

25 Sie machen die Fälligkeit des in drei jährlichen Raten zu jeweils 20.000 € zu zahlenden Vergleichsbetrages davon abhängig, dass die Antragstellerin dem Antragsgegner in dem betreffenden Jahr den vereinbarten dreiwöchigen „Nettoumgang“ mit den Kindern in Deutschland gewährt. Es erscheint zwar zweifelhaft, ob diese Klausel des Vergleichs - wie die Rechtsbeschwerde meint - dahingehend auszulegen ist, dass die Nichtgewährung des dreiwöchigen Umgangs in Deutschland für die Antragstellerin mit dem vollständigen Verlust der in dem betreffenden Jahr an sich zu zahlenden Rate in Höhe von 20.000 € verbunden wäre. Die Nichtgewährung des Umgangs mit den Kindern in Deutschland berührt nach dem eindeutigen Wortlaut des Vergleichs nicht den Bestand der Forderung,

sondern würde lediglich zu einer (weiteren) Stundung des in Raten zu zahlenden Vergleichsbetrages führen. Dieser dürfte aber unabhängig von der tatsächlichen Umgangsgewährung und deren Auswirkungen auf die Fälligkeit der Raten spätestens mit der Volljährigkeit des jüngeren Kindes M. insgesamt fällig werden, weil Umgangsregelungen ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zu treffen sind. Es kommt darauf aber nicht an. Entscheidend ist allein, dass die Verknüpfung erkennbar die Ausübung wirtschaftlichen Drucks auf die Antragstellerin bezweckt, die zwischen den Eltern getroffene Umgangsvereinbarung einzuhalten. Damit hat die Klausel in ihrer Wirkung einen vertragsstrafenähnlichen Charakter, was auch die Rechtsbeschwerdeerwiderung nicht anders sieht.

26 (2) Zum anderen hat eine am Maßstab des Kindeswohls ausgerichtete gerichtliche Kontrolle der in den gerichtlichen Vergleich vom 14. Dezember 2021 aufgenommenen Umgangsregelungen nicht stattgefunden. Die durch das Amtsgericht mit Beschluss vom 15. Dezember 2021 nachträglich ausgesprochene familiengerichtliche Billigung ist - mit Recht - wieder aufgehoben worden.

27 (a) Zwar ist nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass deutsche Gerichte für Regelungen zum Umgang mit den in Peru lebenden Kindern der Beteiligten bereits international unzuständig gewesen wären. Im vorliegenden Fall liegt es nahe, dass die Kinder aufgrund ihrer väterlichen Abstammung mit der Geburt (auch) die deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben (§ 4 Abs. 1 Satz 1 StAG). Die internationale Zuständigkeit der inländischen Gerichte für das Umgangsrecht mit Kindern deutscher Staatsangehörigkeit, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb der Europäischen Union im staatsvertraglich nicht gebundenen Ausland haben, ergibt sich sowohl in der Sache als auch für die Vollstreckbarkeit grundsätzlich aus § 99 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 FamFG (vgl. Senatsbeschluss vom 30. September 2015 - XII ZB 635/14 - FamRZ 2015, 2147 Rn. 15 ff.). So

liegt der Fall auch hier, denn Peru ist nicht Vertragsstaat des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 (KSÜ; BGBl. 2009 II S. 602) oder des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (MSA; BGBl. 1971 II S. 217).

28 (b) Der auf § 156 Abs. 2 FamFG gestützte Billigungsbeschluss des Amtsgerichts wurde aber - unabhängig davon, dass er in einer Familienstreitsache und damit in der falschen Verfahrensart ergangen war - in der Beschwerdeinstanz in der Sache vor allem deshalb zu Recht aufgehoben, weil von dem Amtsgericht keine Ermittlungen durchgeführt worden waren, die ihm auch nur eine eingeschränkte Kindeswohlprüfung ermöglicht hätten. Insbesondere hat das Amtsgericht die Kinder nicht angehört und deshalb auch ihren Willen nicht ermitteln können.

29 Der insoweit erhobene Einwand der Rechtsbeschwerdeerwiderung, dass die Beteiligten bei Abschluss des Vergleichs mit einer (wirksamen) gerichtlichen Billigung der Umgangsvereinbarung gerechnet hätten und ihnen deshalb nicht der Vorwurf einer bewussten Umgehung gerichtlicher Kontrollmechanismen gemacht werden könne, greift nicht durch. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass bei Vergleichsschluss am 14. Dezember 2021 eine familiengerichtliche Billigung des im Güterrechtsverfahren geschlossenen Vergleichs in Rede gestanden hätte, zumal die Beteiligten wussten, dass die Kinder in diesem Verfahren weder beteiligt noch angehört worden waren. Damit waren ihnen jedenfalls die Umstände bekannt, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit des am 15. Dezember 2021 nachträglich erlassenen Billigungsbeschlusses ergab.

30 cc) Eine abweichende Beurteilung im Hinblick auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Vergleichs ergibt sich entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeerwidderung im vorliegenden Fall auch nicht aus dem Auslandsbezug des Sachverhalts.

31 (1) Richtig ist insoweit allerdings, dass bei der Beurteilung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft im Sinne von § 138 BGB gegen die guten Sitten verstößt, nicht nur der objektive Inhalt des Geschäfts, sondern auch die Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, und die von den Parteien verfolgten Absichten und Beweggründe zu berücksichtigen sind (vgl. BGH Urteile vom 16. November 2022 - VIII ZR 436/21 - WM 2023, 742 Rn. 31 mwN und vom 10. Oktober 1997 - V ZR 74/96 - NJW-RR 1998, 590, 591 mwN). Zutreffend ist ferner der Hinweis der Rechtsbeschwerdeerwidderung darauf, dass im Schrifttum vertragsstrafenbewehrte Umgangsvergleiche in Fällen mit Auslandsberührung ausnahmsweise für zulässig angesehen werden, wenn ihnen das grundsätzlich billigenswerte Motiv des umgangsberechtigten Elternteils zugrunde liegt, bei der Durchsetzung seines Umgangsrechts nicht auf eine ineffektive grenzüberschreitende Vollstreckung angewiesen sein zu müssen (vgl. Rauscher NZFam 2015, 95). Vertragsstrafenvereinbarungen werden in Auslandsfällen vor diesem Hintergrund insbesondere dann als möglich angesehen, wenn sie der Durchsetzung eines gerichtlich gebilligten Umgangsvergleichs dienen und im Ergebnis entsprechend den §§ 86 ff. FamFG ausgestaltet sind (vgl. Hammer in Bayer/Koch Scheidungsfolgenvereinbarungen S. 75, 88).

32 (2) Einer grundlegenden Erörterung dieser Frage bedarf es aber nicht. Denn jedenfalls müssen Vertragsstrafen oder vertragsstrafenähnliche Klauseln auch in Fällen mit Auslandsberührung stets eine Berücksichtigung von Kindeswohleinreden gewährleisten, um nicht dem Verdikt der Sittenwidrigkeit zu unterliegen (vgl. Rauscher NZFam 2015, 95). Davon kann unter den hier obwaltenden

Umständen nicht ausgegangen werden. Eine wirksame familiengerichtliche Kontrolle der Umgangsvereinbarung auf deren Kindeswohldienlichkeit hat im Zusammenhang mit der Protokollierung des Vergleichs vor dem Amtsgericht nicht stattgefunden. Selbst bei einer nachgelagerten gerichtlichen Kontrolle der Umgangsregelung am Maßstab des Kindeswohls - sei es vor einem deutschen, sei es vor einem peruanischen Gericht - könnte die Antragstellerin nach dem Inhalt des Vergleichs die mit der Nichtgewährung des Umgangs verbundenen wirtschaftlichen Sanktionen nicht von sich abwenden.

33 (a) Wenn sich in einem nach Vergleichsschluss durchgeführten umgangsrechtlichen Verfahren ergeben hätte, dass der im Vergleich vorgesehene dreiwöchige Umgangskontakt in Deutschland bezüglich eines oder beider Kinder nicht Kindeswohldienlich wäre, würden die Bestimmungen des gerichtlichen Vergleichs der Antragstellerin auch in diesem Fall nicht die Möglichkeit einräumen, bei Nichtgewährung des vereinbarten Umgangs die Fälligkeit der jeweiligen Jahresrate herbeizuführen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Vergleichs und unter Berücksichtigung seiner Zielsetzung, wirtschaftlichen Druck auf die Antragstellerin auszuüben, den von den Beteiligten vereinbarten Umgang auch zu gewähren, knüpft die Fälligkeit der jährlichen Rate allein an die dreiwöchige Anwesenheit beider Kinder in Deutschland und an das Stattfinden des Umgangs mit dem Antragsgegner an.

34 (b) Eine Befugnis der Antragstellerin, die Stundungswirkungen zu beenden, wenn von ihr in einem umgangsrechtlichen Verfahren erfolgreich die fehlende Kindeswohldienlichkeit eines Umgangs der Kinder mit dem Antragsgegner in Deutschland geltend gemacht werden sollte, lässt sich dem gerichtlichen Vergleich auch im Wege ergänzender Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) nicht entnehmen. Die ergänzende Vertragsauslegung setzt eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit voraus; das ist dann der Fall, wenn

die Vertragsparteien einen Punkt übersehen oder ihn bewusst offengelassen haben, weil sie ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nicht regelungsbedürftig gehalten haben, und sich diese Annahme nachträglich als unzutreffend herausstellt (vgl. BGH Urteile vom 27. April 2023 - VII ZR 144/22 - NJW-RR 2023, 901 Rn. 24 und vom 17. Mai 2018 - VII ZR 157/17 - NJW 2018, 2469 Rn. 23).

35 Gemessen daran liegt keine planwidrige Unvollständigkeit der im Vergleich enthaltenen Bestimmungen zum Umgang mit den Kindern in Deutschland und ihrer Verknüpfung mit der Fälligkeit der vergleichsweise festgelegten Zugewinnausgleichsforderung vor. Es bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme, den Beteiligten könnte bei Abschluss des Vergleichs nicht bewusst gewesen sein, dass das Umgangsrecht nur unter dem Vorbehalt des Kindeswohls zur Disposition der Eltern steht. Zwar dürfte die Vorstellung der Beteiligten im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses ohne weiteres dahin gegangen sein, dass die von ihnen getroffene Umgangsvereinbarung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Wenn sie aber für den Fall, dass doch Einwendungen gegen die Kindeswohl dienlichkeit des Umgangs geltend gemacht werden sollten, bewusst keine Regelung getroffen haben, beruht dies nicht darauf, dass sie diesen Punkt nicht für regelungsbedürftig gehalten haben könnten, sondern darauf, dass sie ihre elterlichen Dispositionen zum Umgang in der Vereinbarung unabhängig von einer gerichtlichen Kontrolle umsetzen wollten.

36 (c) Die von den Vorinstanzen erörterte Möglichkeit, den Vergleich nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) anzupassen, wenn nachträgliche Umstände die vereinbarte Umgangsregelung als Kindeswohlwidrig erscheinen lassen, gebietet ebenfalls keine abweichende Würdigung. Beruht der Vorwurf der Sittenwidrigkeit darauf, dass die Beteiligten nach dem Inhalt ihrer Vereinbarung die getroffene Umgangsregelung und ihre Durchsetzung von einer gerichtlichen Kontrolle unabhängig machen wollen, entfällt dieser Vorwurf

nicht dadurch, dass derartige Kontrollmechanismen über das Institut der richterlichen Vertragsanpassung aktiviert werden könnten.

37 (3) Schließlich vermag auch die von dem Antragsgegner in der Rechtsbeschwerdeinstanz vorgelegte Entscheidung des Corte Superior de Justicia de Lima vom 11. Juli 2023 keine andere Beurteilung zu rechtfertigen. In diesem Verfahren, in dem es um die nach peruanischem Recht bei Uneinigkeit der Eltern erforderliche gerichtliche Genehmigung für die Reise von Kindern und Jugendlichen in das Ausland ging (vgl. Art. 111 f. Código de los Niños y Adolescentes [Kinder- und Jugendgesetzbuch], veröffentlicht bei <https://www.mimp.gob.pe>), ist zwar der Einspruch der Antragstellerin gegen die Reiseerlaubnis für die Kinder S. und M. zurückgewiesen und dem Antragsgegner die beantragte Reisegenehmigung erteilt worden. Es kommt darauf aber nicht an, weil dem Ergebnis eines solchen Verfahrens, in dem die Kinder angehört wurden und ersichtlich eine umfassende Kindeswohlprüfung stattgefunden hat, nach dem Inhalt des Vergleichs keinen Einfluss auf die Umgangsvereinbarung und die mit dem stattgefundenen Umgang verknüpfte Fälligkeit der Ratenzahlungen auf die güterrechtlichen Forderungen haben konnte. Im Übrigen hat der Corte Superior de Justicia de Lima die Auslandsreise der Kinder S. und M. - mit verschiedenen Maßgaben zur Begleitung durch die Mutter sowie zur finanziellen Ausstattung der Kinder und der Mutter während ihres Aufenthalts in Deutschland - nur für die Zeit vom 22. Juli 2023 bis zum 6. August 2023 genehmigt, mithin für einen Zeitraum, der den im Vergleich vorgesehenen dreiwöchigen „Nettoumgang“ als Voraussetzung für die Fälligkeit der jährlichen Ratenzahlung nicht erreicht.

38 3. Die angefochtene Entscheidung kann daher keinen Bestand haben. Soweit die im gerichtlichen Vergleich getroffene Umgangsregelung und die mit ihr verknüpfte Ratenzahlungsvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 138 BGB nichtig sind, ist weiter zu prüfen, ob die Teilnichtigkeit gemäß § 139 BGB auch

die weiteren Bestimmungen des gerichtlichen Vergleichs erfasst und dessen verfahrensbeendende Wirkung in Frage stellt. Insbesondere muss in diesem Zusammenhang entsprechend den für die ergänzende Vertragsauslegung geltenden Grundsätzen ermittelt werden, ob die Beteiligten die güterrechtlichen Forderungen der Antragstellerin auch dann mit einer - gegebenenfalls in jährlichen Raten zu erbringenden - Zahlung von 60.000 € abgefunden hätten, wenn ihnen bewusst gewesen wäre, dass die Fälligkeit dieser Forderung bzw. der Raten nicht an die Durchführung eines der gerichtlichen Kontrolle entzogenen Umgangs mit den gemeinsamen Kindern geknüpft werden konnte. Die Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht ist auch deshalb geboten, weil sie den Beteiligten Gelegenheit gibt, zu diesem erkennbar noch nicht beachteten Gesichtspunkt vorzutragen (vgl. Senatsbeschluss vom 29. Januar 2014 - XII ZB 303/13 - FamRZ 2014, 629 Rn. 51).

Guhling

Klinkhammer

Günter

Botur

Pernice

Vorinstanzen:

AG München, Entscheidung vom 20.02.2023 - 518 F 2865/21 -

OLG München, Entscheidung vom 20.07.2023 - 2 UF 362/23 e -