



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XII ZR 173/00

Verkündet am:  
19. Juni 2002  
Küpferle,  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: \_\_\_\_\_ ja

BGB § 1684 Abs. 1, 2 (= § 1634 Abs. 1 a.F.)

Der umgangsberechtigte Elternteil kann vom anderen Elternteil Schadensersatz verlangen, wenn ihm der andere Elternteil den Umgang nicht in der vom Familiengericht vorgesehenen Art und Weise gewährt und ihm daraus Mehraufwendungen entstehen.

BGH, Urteil vom 19. Juni 2002 - XII ZR 173/00 - OLG Frankfurt am Main  
AG Fürth/Odw.

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juni 2002 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Weber-Monecke, Prof. Dr. Wagenitz, Fuchs und Dr. Vézina

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main mit Sitz in Darmstadt vom 4. Mai 2000 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Die Parteien sind die Eltern des am 12. September 1990 geborenen Kindes L.. Der Kläger verlangt von der Beklagten den Ersatz von Mehraufwendungen, die ihm nach seiner Behauptung aufgrund des Verhaltens der Beklagten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung seines Rechts zum Umgang mit dem Kind entstanden sind.

Das Familiengericht hat durch Verbundurteil vom 2. Februar 1996 die Ehe der Parteien geschieden, die elterliche Sorge für L. der Beklagten übertragen und den Umgang des Klägers mit L. für die Zeit bis zu deren Einschulung geregelt. Nach dieser Regelung sollte der Kläger sein Umgangsrecht an genau

bestimmten Wochenenden am Wohnsitz von Mutter und Kind in M. (Odenwald) und Umgebung ausüben. An ebenfalls genau bestimmten anderen Wochenenden und zu bestimmten Ferienzeiten sollte das Kind den Kläger an dessen Wohnsitz in B. besuchen. Zu diesem Zweck sollte die Mutter das Kind zum Flughafen F. bringen. L. sollte dann - mit einem Begleitservice der Fluglinie - nach B. fliegen und am Flughafen B. von dem Kläger in Empfang genommen werden. Für die Rückreise sollte umgekehrt verfahren werden.

In einem isolierten Umgangsverfahren hat das Familiengericht durch Beschluß vom 21. Februar 1996 den Umgang erneut und in gleicher Weise geregelt, weil die vorangehende Regelung im Verbundurteil nicht vor dessen Rechtskraft wirksam würde.

Gegen beide Entscheidungen haben die Beklagte und das Jugendamt Beschwerde eingelegt. Auf diese Beschwerden hat das Oberlandesgericht am 4. April 1996 eine ergänzende gutachterliche Stellungnahme einer bereits vom Familiengericht befaßten Sachverständigen eingeholt; mit Beschluß vom 26. August 1996 hat es unter Zurückweisung der Beschwerden im übrigen den Umgang des Klägers mit dem Kind für die Zukunft neu geregelt: Der regelmäßige Umgang wurde auf Besuche des Klägers in M. und Umgebung begrenzt; Flugreisen des Kindes nach B. wurden auf Ferienbesuche beim Kläger beschränkt.

In der Zeit zwischen der Entscheidung des Familiengerichts (vom 21. Februar 1996) und dem abändernden Beschluß des Oberlandesgerichts (vom 26. August 1996) lehnte die Beklagte es an insgesamt sechs der vom Amtsgericht für einen Besuch des Kindes in B. festgelegten Termine ab, das Kind zum Flughafen F. zu bringen. Der Kläger holte daraufhin das Kind jeweils mit seinem Kraftfahrzeug in M. ab und fuhr mit ihm nach B. ;

von dort schickte er das Kind unter Inanspruchnahme des Begleitservice mit dem Flugzeug nach F. zurück, wo L. von der Beklagten abgeholt wurde. Mit der Klage fordert der Kläger Ersatz von Aufwendungen, die ihm nach seiner Behauptung für seine Autofahrten und die Rückflüge des Kindes entstanden sind und diejenigen Kosten übersteigen, die ihm bei Einhaltung der vom Amtsgericht getroffenen (Hin- und Rückflug-) Regelung entstanden wären.

Das Amtsgericht - Familiengericht - hat der Klage teilweise entsprochen. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen und die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Anliegen weiter.

#### Entscheidungsgründe:

##### I.

Das Rechtsmittel ist statthaft. Da das Berufungsgericht die Sache als Streitverfahren - nicht als Familiensache - angesehen hat und diese (im übrigen zutreffende, § 23 b GVG) Beurteilung das Revisionsgericht bindet (§ 549 Abs. 2 ZPO, vgl. etwa Senatsbeschluß vom 2. November 1988 - IVb ZA 9/88 - BGHR ZPO § 549 Abs. 2 (n.F.) Familiensache 2), konnte das Oberlandesgericht die Zulassung der Revision zwar nicht auf den von ihm angeführten § 621 e Abs. 1 Satz 2 ZPO stützen. Der Ausspruch über die Zulassung der Revision rechtfertigt sich aber aus § 546 Abs. 1 Satz 1 i.V. mit § 545 ZPO. Der Umstand, daß das erstinstanzliche Gericht die Sache als Familiensache behandelt und damit den Rechtszug zum Oberlandesgericht eröffnet hat, obwohl bei richtiger Verfah-

rensweise der zivilgerichtliche Rechtsweg vom Amtsgericht als Prozeßgericht zum Landgericht als Berufungsgericht geführt hätte, steht der Statthaftigkeit der Revision nicht entgegen.

## II.

Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Es führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Revisionsgericht.

1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts läßt sich zwar das elterliche Sorgerecht als ein "sonstiges Recht", dessen Verletzung Schadensersatzpflichten aus § 823 Abs. 1 BGB begründen kann, verstehen. Dies folge aus der Funktion des Sorgerechts als eines absoluten Abwehrrechts: Es stehe dem Sorgerechtsinhaber gegenüber allen Dritten (einschließlich des anderen Elternteils) zu, umfasse insbesondere das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es widerrechtlich vorenthalte, und schließe außerdem die Befugnis ein, den Umgang des Kindes mit Wirkung für und gegen Dritte zu bestimmen. Demgegenüber sei die Umgangsbezugnis des nicht sorgeberechtigten Elternteils eine relative Rechtsposition, die nur im Verhältnis Umgangsberechtigter - Sorgerechtsinhaber Rechte und Pflichten entfalte und jedenfalls in der Regel von einem Dritten nicht gestört werden könne.

Es ist zweifelhaft, ob diese Sicht richtig ist (anders etwa OLG Karlsruhe, Urteil vom 21. Dezember 2001 - 5 UF 78/01 - FamRZ 2002 zur Veröffentlichung bestimmt in Heft 15; Soergel/ Strätz BGB 12. Aufl. § 1634 Rdn. 5; Erman/Michalski BGB 10. Aufl. § 1684 Rdn. 5; Staudinger/Rauscher BGB

13. Bearb., § 1684 Rdn. 25; RGZ 141, 319, 320 auf der Grundlage der Annahme, das Umgangsrecht sei ein dem Berechtigten verbliebener Teil der elterlichen Gewalt; vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - 4 StR 594/98 - FamRZ 1999, 651, 652: "absolutes ... Recht"). Zum einen besteht das Umgangsrecht nicht nur gegenüber dem Sorgeberechtigten, sondern gegenüber jedem, in dessen Obhut sich das Kind befindet. Das Umgangsrecht stellt sich deshalb auch nicht als ein Gegenrecht zur elterlichen Sorge dar, sondern kann vielmehr auch dem Sorgerechtsinhaber selbst zustehen – so etwa gegenüber einem Dritten, bei dem das Kind sich berechtigterweise auch gegen den Willen des Sorgeberechtigten aufhält (vgl. etwa § 1632 Abs. 4, § 1682 BGB). Zum anderen sind ohne weiteres Situationen vorstellbar, in denen Bezugspersonen des Kindes oder Angehörige des sorgeberechtigten Elternteils versuchen, den Umgang des anderen Elternteils mit dem Kind zu verhindern oder zu beeinträchtigen; in solchen Fällen wird sich ein Bedürfnis, solchen Beeinträchtigungen - auch über den von der Wohlverhaltenspflicht des § 1684 Abs. 2 Satz 1 BGB gezogenen Rahmen hinaus - nach Maßgabe des § 1004 Abs. 1 i.V. mit § 823 Abs. 1 BGB zu begegnen (Soergel/Strätz aaO; Staudinger/Rauscher aaO), nicht ohne weiteres von der Hand weisen lassen.

Die Frage kann hier aber dahinstehen. Das jedem Elternteil von § 1634 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. = § 1684 Abs. 1 BGB eröffnete Recht zum Umgang mit dem Kind begründet nämlich - worauf auch das Oberlandesgericht zu Recht hinweist - zwischen dem Umgangsberechtigten und dem zur Gewährung des Umgangs Verpflichteten ein gesetzliches Rechtsverhältnis familienrechtlicher Art, das durch § 1634 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. = § 1684 Abs. 2 Satz 1 BGB näher ausgestaltet wird und an dem das Kind als Begünstigter teilhat. Da die mit der Ausübung des Umgangsrechts verbundenen Kosten grundsätzlich vom Umgangsberechtigten zu tragen sind (Senatsurteil vom 9. November 1994 - XII ZR 206/93 - FamRZ 1995, 215), umfaßt dieses gesetzliche Rechtsverhält-

nis die - auch im wohlverstandenen Interesse des Kindes liegende - Pflicht, bei der Gewährung des Umgangs auf die Vermögensbelange des Umgangsberechtigten Bedacht zu nehmen und diesem die Wahrnehmung seines Umgangsrechts mit dem Kind nicht durch die Auferlegung unnötiger Vermögensopfer zu erschweren oder gar - dem Kindeswohl und Kindesrecht zuwider - für die Zukunft zu verleiden. Eine Verletzung dieser Verpflichtung kann - unter Heranziehung der zur positiven Forderungsverletzung entwickelten Grundsätze - Schadensersatzpflichten des Verletzers gegenüber dem umgangsberechtigten Elternteil auslösen.

2. Das Oberlandesgericht geht allerdings davon aus, daß nicht jeder Verstoß gegen die Vermögensinteressen des umgangsberechtigten Elternteils eine Schadensersatzpflicht begründet. Diese Einschränkung ergebe sich bereits aus dem Umstand, daß der Wahrnehmung auch eines gerichtlich angeordneten Umgangsrechts eine Vielzahl von Umständen entgegenstehen könne, welche - je nach ihrem Gewicht - die Verweigerung eines konkreten Umgangstermins unter dem Aspekt des Kindeswohls als geboten, gerechtfertigt oder jedenfalls in einem milderen Licht erscheinen lassen könnten. Das für die notwendige Abgrenzung maßgebende Kriterium erblickt das Oberlandesgericht dabei im Rechtsmißbrauch. Zwar dürfe der Sorgerechtsinhaber das Umgangsrecht des anderen Elternteils nicht nach Lust und Laune verweigern. Der notwendige Schutz der Vermögensinteressen des anderen Elternteils sei jedoch ausreichend gewährleistet, wenn ein Schadensersatzanspruch nicht bei jeder Umgangsverweigerung, sondern nur bei einem mißbräuchlichen Verhalten des Sorgerechtsinhabers in Betracht gezogen werde. Dies entspreche auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die einen Schadensersatzanspruch unter Ehegatten wegen verweigerter steuerlicher Zusammenveranlagung ausdrücklich davon abhängig gemacht habe, daß diese ohne sachlichen Grund, also mißbräuchlich, verweigert worden sei.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht uneingeschränkt stand.

Ein Rechtsmißbrauch, auf den das Oberlandesgericht maßgebend abstellt, liegt vor, wenn der Inhaber einer formalen Rechtsposition von dieser in zu mißbilligender Weise Gebrauch macht. Um einen solchen Rechtsmißbrauch geht es in den Fällen einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des Umgangsrechts indes nicht, jedenfalls nicht notwendigerweise. Derjenige, in dessen Obhut sich das Kind berechtigterweise befindet und der dem Elternteil deshalb den Umgang zu gewähren hat, nimmt, wenn er dessen Umgang mit dem Kind ausschließt oder einschränkt, nämlich nicht ein eigenes Recht wahr, dessen Gebrauch anhand des Mißbrauchskriteriums überprüft werden könnte. Er verhindert vielmehr - im Gegenteil - die Durchsetzung eines Rechts und die Erfüllung einer Pflicht (siehe § 1684 Abs. 1 Halbs. 2 BGB n.F.) des anderen Elternteils. Soweit das Oberlandesgericht als Beleg für seine Auffassung das Urteil des Senats vom 13. Oktober 1976 (IV ZR 104/74 - FamRZ 1977, 38, 40 f.) heranziehen will, geht es von einem unzutreffenden Verständnis dieser Entscheidung aus. Der Senat hat dort die Verpflichtung eines Ehegatten, einer gemeinsamen Einkommensteuerveranlagung mit dem anderen Ehegatten zuzustimmen, nicht - wie das Oberlandesgericht meint - an das Vorliegen eines Rechtsmißbrauchs geknüpft; er hat sie vielmehr davon abhängig gemacht, daß die Zusammenveranlagung dem anderen Ehegatten steuerliche Vorteile bringt, ohne den um Zustimmung ersuchten Ehegatten steuerlich zusätzlich zu belasten.

Auch das Fehlen eines sachlichen Grundes für die Umgangsverweigerung, auf welches das Oberlandesgericht abstellt, bietet für sich genommen kein geeignetes Kriterium, um nicht schadensersatzpflichtige Verhaltensweisen von schadensersatzbegründenden Verhaltensweisen im Zusammenhang mit einer Untersagung oder Beschneidung des Umgangsrechts auszuschließen.

Bei Anknüpfung allein an dieses Merkmal würde nämlich in Fällen der vorliegenden Art übersehen, daß das Recht und die Pflicht (vgl. § 1684 Abs. 1 Halbs. 2 BGB n.F.) des Elternteils zum Umgang mit seinem Kind durch eine familiengerichtliche Entscheidung konkretisiert worden ist. Mit dem Wirksamwerden der familiengerichtlichen Entscheidung sind alle Beteiligten an diese Konkretisierung des Pflichtrechts gebunden. Das schließt grundsätzlich die Befugnis des zur Gewährung des Umgangs verpflichteten Elternteils aus, sich der Wahrnehmung des so konkretisierten Pflichtrechts durch den anderen Elternteil zu verweigern, mögen aus seiner Sicht auch beachtliche Gründe des Kindeswohls gegen die familiengerichtliche Regelung sprechen; denn die ordnende Wirkung dieser Regelung wäre obsolet, könnte jeder Elternteil seine eigene Bewertung des Kindeswohls an die Stelle der gerichtlichen Würdigung setzen.

Soweit ein Elternteil die gerichtliche Einschätzung der Belange des Kindeswohls durch das Familiengericht nicht teilt, hat er die Möglichkeit, seiner abweichenden Beurteilung im Wege der Beschwerde Geltung zu verschaffen. Die von ihm eingelegte Beschwerde hindert die fortgeltende Verbindlichkeit der familiengerichtlichen Entscheidung allerdings nicht; sie erlaubt insbesondere nicht, der familiengerichtlichen Regelung in der Hoffnung auf eine der Beschwerde stattgebende Entscheidung des Oberlandesgerichts bis auf weiteres die Gefolgschaft zu versagen. Das gilt auch dann, wenn - wie im vorliegenden Fall - das Beschwerdegericht vor einer Entscheidung über die Beschwerde weitere Ermittlungen für notwendig erachtet und die Beteiligten hiervon in Kenntnis setzt. Das Beschwerdegericht hat in solchen Fällen die Möglichkeit, durch einstweilige Anordnung die Vollziehung der familiengerichtlichen Entscheidung auszusetzen oder diese durch eine eigene vorläufige Regelung zu modifizieren (§ 24 Abs. 3 FGG). Macht das Beschwerdegericht von dieser Mög-

lichkeit keinen Gebrauch, hat es - bis zur Entscheidung über die Beschwerde - bei der familiengerichtlichen Regelung sein Bewenden.

Unbeschadet bleibt auch die Möglichkeit des zur Gewährung des Umgangs verpflichteten Elternteils, bei dem Familiengericht selbst auf eine Änderung der Umgangsregelung - in dringlichen Fällen im Wege der einstweiligen oder vorläufigen Anordnung - anzutragen. Das wird sich dann empfehlen, wenn neue, vom Familiengericht nicht berücksichtigte Entwicklungen die strikte Einhaltung der bereits getroffenen Regelung erschweren oder aus dem Gesichtspunkt des Kindeswohls als untunlich erscheinen lassen. Die dem Familiengericht eröffnete Möglichkeit, auf Dauer angelegte Regelungen jederzeit zu ändern, ermöglicht es den Beteiligten nicht nur, auf neue Entwicklungen durch entsprechende Anregungen flexibel zu reagieren. Diese Möglichkeit begründet vielmehr - gleichsam als Kehrseite - auch das Verbot, eine vom Familiengericht getroffene Regelung bei einem wirklichen oder vermeintlichen Änderungsbedarf einseitig und ohne erneute Befassung des Gerichts zu unterlaufen. Die grundsätzliche Bindung der Beteiligten an die familiengerichtliche Entscheidung schließt zwar nicht generell die Befugnis aus, zwingenden Belangen des Kindeswohls auch ohne vorherige familiengerichtliche Gestattung durch einseitige Maßnahmen Rechnung zu tragen. Für eine solche Befugnis ist jedoch regelmäßig nur insoweit Raum, als eine rechtzeitige erneute Befassung des Familiengerichts - auch im Wege eines Eilverfahrens - nicht möglich ist und die für eine Abweichung von der familiengerichtlichen Regelung geltend gemachten Belange erst nach dieser Regelung aufgetreten oder erkennbar geworden, jedenfalls aber vom Familiengericht bei seiner Würdigung des Kindeswohls ersichtlich nicht bedacht worden sind. Eine von der Auffassung des Familiengerichts abweichende Beurteilung des Kindeswohls durch einen Beteiligten vermag dagegen auch in Eilfällen eine einseitige Abkehr von der familiengerichtlichen Regelung nicht zu rechtfertigen.

Angesichts dieser Möglichkeiten des zur Gewährung des Umgangs Verpflichteten erscheint die Befürchtung des Oberlandesgerichts unbegründet, eine über den von ihm gezogenen Rahmen hinausgehende Schadensersatzpflicht könne zu einer Aushöhlung des § 33 FGG oder zu einer Umgehung der elterlichen Pflicht, auch die Belange des Kindes zu wahren, führen. Auch aus der Sicht des umgangsberechtigten und –verpflichteten Elternteils läßt dessen Möglichkeit, den Umgang mit dem Kind - bei Verstoß des anderen Elternteils gegen eine bindende familiengerichtliche Regelung - auf dem Wege des § 33 FGG zu erzwingen, eine Schadensersatzpflicht nicht verzichtbar erscheinen. Das folgt nicht erst aus praktischen Schwierigkeiten, wegen des Umgangsrechts zu vollstrecken, zumal § 33 Abs. 2 Satz 2 FGG n.F. eine gewaltsame Kindesherausgabe ohnehin verbietet; es ergibt sich bereits aus dem ganz unterschiedlichen Zweck dieser beiden rechtlichen Möglichkeiten: Die Zwangsmittel des § 33 FGG wollen die Wahrnehmung des Umgangsrechts ermöglichen; die Schadensersatzpflicht kompensiert die finanziellen Nachteile, die sich ergeben können, wenn der Umgang in der vorgesehenen Art und Weise nicht ermöglicht wird.

3. Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Bei Anlegung der dargestellten Maßstäbe hat die Beklagte mit ihrer Weigerung, die vom Familiengericht festgelegte Umgangsregelung einzuhalten, gegenüber dem Kläger eine Pflichtverletzung begangen. Die - in den Gründen der angefochtenen Entscheidung angeführte - Überzeugung der Beklagten, die in der familiengerichtlichen Umgangsregelung vorgesehen Flugreisen des Kindes von und nach B. seien dem Kindeswohl abträglich, vermögen diese Pflichtverletzung weder zu rechtfertigen noch zu entschuldigen. Die spätere, den Besorgnissen der Mutter teilweise Rechnung tragende Entscheidung des Oberlandesgerichts ändert an der - nicht nur, wie das Oberlandesgericht meint, "formellen" - Verbindlichkeit der familiengerichtlichen Entscheidung ebenso wenig

wie an dem Gebot, eine vorläufige Änderung dieser Regelung nicht eigenmächtig, sondern nur mit den dafür vorgesehenen Mitteln einstweiligen oder vorläufigen Rechtsschutzes zu erwirken. Auch ein etwaiger Irrtum der Beklagten über diese Rechtslage hindert - weil vermeidlich (vgl. etwa BGHZ 118, 201, 208) - die Annahme einer schuldhaften Pflichtverletzung nicht.

4. Der Senat vermag allerdings in der Sache nicht abschließend zu entscheiden. Das Oberlandesgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - zur Höhe des vom Kläger geltend gemachten Schadens und zur Frage eines etwaigen Mitverschuldens des Klägers bei der Schadensentstehung keine Feststellungen getroffen. Die Sache war daher an das Oberlandsgericht zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen nachholt.

Hahne

Weber-Monecke

Wagenitz

Fuchs

Vézina