

und 1. 3. 2002 für begründet erklärt. Dabei beschreibt die Kammer kein Neuland, hebt aber die sich insbesondere aus Art. 6 II und III GG ergebenden Grundsätze deutlich hervor, zusammengefasst so:

- Jede zur Abwehr einer Kindeswohlgefährdung zu treffende staatliche Maßnahme hat den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu wahren. Dabei ist eine **Trennung** der Eltern von ihren Kindern der stärkste vorstellbare Eingriff und somit äußerstes Mittel.
- Die genannten Verfassungsnormen beeinflussen das **Prozessrecht** und seine Handhabung im Sorgerechtsverfahren, auch im kindschaftsrechtlichen Eilverfahren, weil in der Regel schon vorläufige Maßnahmen mit erheblichen Eingriffen in das elterl. Grundrecht verbunden sind.
- Eilentscheidungen können **Tatsachen** schaffen, die später – namentlich bei längerer Dauer des Hauptsacheverfahrens – gar nicht oder nur **schwer rückgängig** zu machen sind. Daher müssen vor solchen Entscheidungen die im Eilverfahren zur Verfügung stehenden Aufklärungs- und Prüfungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden. (Dabei geht das BVerfG allerdings nicht darauf ein, dass die Anhörung der Eltern und der Kinder bei Gefahr im Verzuge zunächst unterbleiben darf, dann aber unverzüglich nachzuholen ist; §§ 50a und b FGG, jeweils III S. 2.)

Konkret wird dem AG insbesondere vorgehalten, dass es seine Entscheidung noch am Tag des Eingangs der Anrechnung des JA getroffen hat, ohne den Sachverhalt und die zur Auswahl stehenden, hier gebotenen Maßnahmen mittels Kontakts mit dem JA, dem Sachverständigen, dem behandelnden Kinderarzt durch ggf. auch telefonische Rückfragen oder durch kurzfristige Befragung der Kinder weiter aufzuklären. Wichtig ist auch der Hinweis des BVerfG, dass bis zur Klärung der offenen Fragen **andere Möglichkeiten** bestanden hätten, einer Gefährdung des Kindeswohls zwischenzeitlich vorzubeugen (durch Hilfe zur Erziehung beispielsweise, um welche die Bf. zu 1 von sich aus bereits im Dezember 2000 nachgesucht hatte, was zu dem vorbereitenden Gutachterauftrag des JA führte).

Dem OLG wird attestiert, dass es – ohne persönliche Anhörungen – sich bei seiner Entscheidung nur auf den Bericht des JA und das Gutachten gestützt habe. Dagegen fehlten Feststellungen dazu, ob der Sachverständige seine Ergebnisse auf hinreichend sichere Tatsachen gegründet habe und ob nicht mildere Mittel ausgereicht hätten. Das Beschwerdevorbringen sei nicht gewürdigt worden.

Fazit: Der – an sich gebotenen, leider in anderen Fällen nicht selten vermissten – Schnelligkeit des Verfahrens darf die Gründlichkeit nicht geopfert werden. Wie rasch und nach welcher (= Art) und wie viel (= Intensität) Aufklärung das Gericht im Interesse des Kindeswohls zu entscheiden hat, ist in jedem Einzelfall sorgfältig abzuwägen und zu begründen. Wenn das geschieht, braucht nicht – wie hier – ein halbes Jahr „verloren“ zu gehen. Immerhin könnte anwaltlicher Nachhaltigkeit zu danken sein. Möglicherweise liegt aber auch nur ein „Pyrrhus“-Sieg vor: Inzwischen hat – laut Pressemitteilung des LG Münster vom 2. 7. 2002 – das AG nach intensiverer Sachaufklärung im Eilverfahren seine früheren Anordnungen bestätigt.

Horst Luthin, Vors. Richter am Oberlandesgericht a. D., Altenberge

Nachehelicher Unterhalt nach Differenzmethode bei Rentenbezug des unterhaltsberechtigten Ehegatten aus dem Versorgungsausgleich

§ 1578 BGB

BGH, Beschl. v. 5. 6. 2002 – XII ZR 302/01 – (OLG Celle, AG Celle)

Die Rente, die der unterhaltsberechtigte Ehegatte aus im Versorgungsausgleich erworbenen Rentenanwartschaften erhält, ist auch dann bei der Bedarfsbemessung nach dem Maßstab des § 1578 BGB mit zu berücksichtigen, wenn der unterhaltspflichtige Ehegatte noch keine Rente, sondern Erwerbseinkommen bezieht (Fortführung von BGH FF 2002, 27, 30 = FamRZ 2002, 88, 91).

(Leitsatz der Redaktion)

Der Antrag des Bekl auf Prozesskostenhilfe wird abgelehnt, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet.

Gründe: Das Berufungsgericht hat den nachehelichen Unterhalt der Kl zu Recht nach der Differenzmethode berechnet. Die im Versorgungsausgleich erworbenen Rentenanwartschaften der Kl stellen sich als Surrogat für ihre Haushaltsführung in der Ehe dar. Ihre daraus bezogene Erwerbsunfähigkeitsrente tritt an die Stelle ihres sonst möglichen Erwerbseinkommens und ist daher bei der Bedarfsbemessung nach dem Maßstab des § 1578 BGB mit zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteil vom 31. 10. 2001 – XII ZR 292/99 – FamRZ 2002, 88, 91). Auf den Umstand, dass der Bekl selbst noch keine Rente, sondern Erwerbseinkommen bezieht, kommt es entgegen der Meinung der Revision nicht an.

Zur dinglichen Rückgewähr einer ehebezogenen Zuwendung und zum Ausgleichsanspruch des rückgewährpflichtigen Ehegatten

§§ 242, 1356, 1372 ff. BGB

BGH, Ur. v. 27. 3. 2002 – XII ZR 143/00 – (OLG Celle, LG Stade)

Zur Darlegungs- und Beweislast für Umstände, die den Umfang der Ausgleichspflicht bei Rückgewähr einer unbenannten Zuwendung bestimmen.

Anm. der Red.: Die Entscheidung ist zwischenzeitlich abgedruckt in FamRZ 2002, 949.

Schadensersatz bei Nichtgewährung des familiengerichtlich geregelten Umgangsrechts

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

BGH, Ur. v. 19. 6. 2002 – XII ZR 173/00 – (OLG Frankfurt/M., AG Fürth/Odw.)*

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.

Tatbestand: Die Parteien sind die Eltern des am 12. 9. 1990 geborenen Kindes L. Der Kl verlangt von der Bekl den Ersatz von Mehraufwendungen, die ihm nach seiner Behauptung aufgrund des Verhaltens der Bekl im Zusammenhang mit der Wahrnehmung seines Rechts zum Umgang mit dem Kind entstanden sind.

Das Familiengericht hat durch Verbundurteil vom 2. 2. 1996 die Ehe der Parteien geschieden, die elterliche Sorge

* Die Entscheidung ist zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.

für L. der Bekl übertragen und den Umgang des Kl mit L. für die Zeit bis zu deren Einschulung geregelt. Nach dieser Regelung sollte der Kl 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 Kl 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 Kl in Empfang genommen werden. Für die Rückreise sollte umgekehrt verfahren werden.

In einem isolierten Umgangsverfahren hat das Familiengericht durch Beschluss vom 21. 2. 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 Bekl und das Jugendamt Beschwerde eingelegt. Auf diese Beschwerden hat das OLG am 4. 4. 1996 eine ergänzende gutachterliche Stellungnahme einer bereits vom Familiengericht befassten Sachverständigen eingeholt; mit Beschluss vom 26. 8. 1996 hat es unter Zurückweisung der Beschwerden im Übrigen den Umgang des Kl mit dem Kind für die Zukunft neu geregelt: Der regelmäßige Umgang wurde auf Besuche des Kl in M. und Umgebung begrenzt; Flugreisen des Kindes nach B. wurden auf Ferienbesuche beim Kl beschränkt.

In der Zeit zwischen der Entscheidung des Familiengerichts (vom 21. 2. 1996) und dem abändernden Beschluss des OLG (vom 26. 8. 1996) lehnte die Bekl es an insgesamt sechs der vom AG für einen Besuch des Kindes in B. festgelegten Termine ab, das Kind zum Flughafen F. zu bringen. Der Kl 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 Bekl abgeholt wurde. Mit der Klage fordert der Kl 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 AG getroffenen (Hin- und Rückflug-)Regelung entstanden wären.

Das AG – Familiengericht – hat der Klage teilweise entsprochen. Das OLG hat auf die Berufung der Bekl die Klage abgewiesen und die Berufung des Kl zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kl 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, § 23b GVG) Beurteilung das Revisionsgericht bindet (§ 549 Abs. 2 ZPO, vgl. etwa Senatsbeschluss vom 2. 11. 1988 – IVb ZA 9/88 – BGHR ZPO § 549 Abs. 2 (n. F.) Familiensache 2), konnte das OLG die Zulassung der Revision zwar nicht auf den von ihm angeführten § 621e Abs. 1 S. 2 ZPO stützen. Der Ausspruch über die Zulassung der Revision rechtfertigt sich aber aus § 546 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 545 ZPO. Der Umstand, dass das erstinstanzliche Gericht die Sache als Familiensache behandelt und damit den Rechtszug zum OLG eröffnet hat, obwohl bei richtiger Verfahrensweise der zivilgerichtliche Rechtsweg vom AG als Prozessgericht zum LG 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 OLG 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 Umgangsbefugnis 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, Urt. v. 21. 12. 2001 – 5 UF 78/01 – FamRZ 2002 zur Veröffentlichung bestimmt in Heft 15*; *Soergel/Strätz*, BGB, 12. Aufl., § 1634 Rn. 5; *Erman/Michalski*, BGB, 10. Aufl., § 1684 Rn. 5; *Staudinger/Rauscher*, BGB, 13. Bearb., § 1684 Rn. 25; RGZ 141, 319, 320 auf der Grundlage der Annahme, das Umgangsrecht sei ein dem Berechtigten verbliebener Teil der elterlichen Gewalt; vgl. auch BGH, Urt. v. 11. 2. 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 andern 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 S. 1 BGB gezogenen Rahmen hinaus – nach Maßgabe des § 1004 Abs. 1 i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB zu begegnen (*Soergel/Strätz* a.a.O.; *Staudinger/Rauscher* a.a.O.), nicht ohne weiteres von der Hand weisen lassen.

Die Frage kann hier aber dahinstehen. Das jedem Elternteil von § 1634 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. = § 1684 Abs. 1 BGB eröffnete Recht zum Umgang mit dem Kind begründet nämlich – worauf auch das OLG zu Recht hinweist – zwischen dem Umgangsberechtigten und dem zur Gewährung des Umgangs Verpflichteten ein gesetzliches Rechtsverhältnis familienrechtlicher Art, das durch § 1634 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. = § 1684 Abs. 2 S. 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. 11. 1994 – XII ZR 206/93 – FamRZ 1995, 215), umfasst dieses gesetzliche Rechtsverhältnis 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.

* = FamRZ 2002, 1056 = FF 2002, 107

2. Das OLG 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 OLG 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 OLG 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 Missbrauchs-kriteriums überprüft werden könnte. Er verhindert vielmehr – im Gegenteil – die Durchsetzung eines Rechts und die Erfüllung einer Pflicht (siehe § 1684 Abs. 1 Hs. 2 BGB n. F.) des anderen Elternteils. Soweit das OLG als Beleg für seine Auffassung das Urteil des Senats vom 13. 10. 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 OLG 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 OLG 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 Hs. 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 OLG 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 Möglichkeit 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 OLG 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 S. 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 Bekl mit ihrer Weigerung, die vom Familiengericht festgelegte Umgangsregelung einzuhalten, gegenüber dem Kl eine Pflichtverletzung begangen. Die – in den Gründen der angefochtenen Entscheidung angeführte – Überzeugung der Bekl, die in der familiengerichtlichen Umgangsregelung vorgesehenen 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 OLG ändert an der – nicht nur, wie das OLG 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 Bekl 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 OLG hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – zur Höhe des vom Kl geltend gemachten Schadens und zur Frage eines etwaigen Mitverschuldens des Kl bei der Schadensentstehung keine Feststellungen getroffen. Die Sache war daher an das OLG zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen nachholt.

Anm. der Red.: Zur Bindung des zur Gewährung des Umgangs verpflichteten Elternteils an die familiengerichtliche Regelung im Rahmen der Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen diesen Elternteil vgl. bereits OLG Brandenburg FamRZ 2001, 36, 37.

Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten im Unterhaltsprozess

§ 91 Abs. 1 S. 1 ZPO

OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 15. 2. 2000 – 5 WF 147/98 – (AG Gießen)

Detektivkosten der auf Zahlung von Unterhalt in Anspruch genommenen Partei sind erstattungsfähig, wenn sie sich, gemessen an den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien und an der Bedeutung des Streitgegenstandes, in vernünftigen Grenzen halten und prozessbezogen waren.

Unerheblich ist, ob das Familiengericht sein Urteil auf den in den Prozess eingeführten Ermittlungsbericht der Detektei gestützt hat.

(Leitsätze der Redaktion)

Gründe: Mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 29. 7. 1998 hat die Rechtspflegerin beim AG – Familiengericht – Gießen auf Antrag der Bekl gegen den Kl, der nach dem Urteil des AG – Familiengericht – Gießen vom 13. 5. 1998 die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, unter anderem als notwendige Auslagen der Bekl die Kosten des Ermittlungsberichtes vom 16. 2. 1998 der DKG Detektiv-... GmbH entsprechend deren Rechnung vom 17. 3. 1998 mit 4.902,68 DM festgesetzt.

Hiergegen wendet sich der Kl mit seiner nach Zustellung des Kostenfestsetzungsbeschlusses am 6. 8. 1998 am 18. 8. 1998 eingelegten Erinnerung, der das AG – Familiengericht – Gießen durch Beschluss vom 10. 9. 1998 nicht abgeholfen hat.

Die alle Form- und Fristenfordernisse während und nach Nichtabhilfe durch das AG als sofortige Beschwerde zu behandelnde Durchgriffserinnerung (§§ 104 ZPO, 11 RpfLG a. F.) hat in der Sache keinen Erfolg.

Zwar sind die von der Bekl als notwendige Auslagen geltend gemachten Detektivkosten im Rahmen der Kostenerstattungspflicht des Kl nach § 91 ZPO nur erstattungsfähig, wenn sie sich, gemessen an den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien und an der Bedeutung des Streitgegenstandes, in vernünftigen Grenzen halten und prozessbezogen waren (vgl. OLG Frankfurt am Main OLGR 1993, S. 290; *Zöller/Herget*, ZPO 21. Auflage, Rn. 13 – Detektivkosten – zu § 91). Dies ist jedoch im vorliegenden Fall anzunehmen. Denn der Kl hat gegenüber der Bekl unter dem 13. 10. 1997 eine Unterhaltsklage mit einem monatlichen Unterhaltsbetrag von 2.100 DM erhoben und diese damit begründet, kein eigenes Einkommen zu haben, dann jedoch nach Erwidern der Bekl und erst nach dem frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung mit Schriftsätzen vom 14. 1. 1998 und 28. 1. 1998 eingeräumt, im Jahr 1997 Einkommen aufgrund einer Arbeitstätigkeit auf der Basis von 42 bzw. 68 Stunden pro Monat bei der ..., deren Inhaberin die Lebensgefährtin des Kl ist, erzielt zu haben.

Wenn die Bekl bereits zuvor mit dem Ziel ihren Vortrag im Schriftsatz vom 16. 12. 1997, der Kl arbeite für die Firma ... untermauern zu wollen, eine Detektei einschaltet, die vom 5. 1. 1998 bis zum 16. 2. 1998 die Anwesenheit des Kl in den Geschäftsräumen der Firma ... ermitteln sollte und ermittelt hat, so ist dies trotz der nicht geringen Kosten dieser Ermittlungstätigkeit von 4.902,68 DM im Hinblick die Höhe der geltend gemachten Unterhaltsforderung des Kl und des dabei dargelegten Nettoeinkommens unabhängig von den Schulden, die monatlich bedient wurden, und seinem bewusst wahrheitswidrigen Vortrag grundsätzlich nicht zu beanstanden, vielmehr ist davon auszugehen, dass bei dieser Sachlage eine vernünftige Partei berechnete Ursache zur Einschaltung der Detektei haben konnte (vgl. OLG Stuttgart, FamRZ 1989, 888). Dies gilt auch hinsichtlich der zur Überprüfung eines Einkommens aufrechterhaltenen Überwachungstätigkeit nach Erhalt der Schriftsätze vom 14. 1. 1998 und 28. 1. 1998.

Der Erstattungsfähigkeit dieser Kosten steht auch nicht der Umstand entgegen, dass letztendlich das Familiengericht sein klagabweisendes Urteil nicht auf den in das Verfahren eingeführten Ermittlungsbericht und die Frage, in welchem Umfang der Kl tatsächlich für die Firma ... tätig ist, gestützt hat. Entscheidend ist lediglich, dass der Ermittlungsauftrag wie vorliegend prozessbezogen war und der Ermittlungsbericht in den Prozess eingeführt worden ist, was durch Vorlage seitens der Bekl mit Schriftsatz vom 2. 3. 1998 geschehen ist (vgl. *Zöller* a.a.O., HansOLG Hamburg JurBüro 1991, 1105).

Die Bekl kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass ihr anderweitige, auch prozessual verwertbare Beweismittel zur Verfügung gestanden hätten (vgl. OLG Frankfurt am Main a.a.O.). Denn insoweit wäre lediglich eine Benennung der