

## Schadensersatz bei Verletzung des Umgangsrechts?

– Zu den Rechtsgrundlagen und zum Umfang –

Prof. Dr. Gerhard Hohloch, Freiburg i.Br.

### I. Das Problem

„Mein Kind gehört mir!“ Plakative Sätze wie diese leiten in der Tagespresse Beiträge ein, die sich mit dem Umgangsrecht befassen.<sup>1</sup> Anlass dieser Beiträge ist der nicht seltene Kampf zwischen den Elternteilen um den Umgang mit dem Kind nach dem Scheitern der Beziehung zwischen den Eltern. Die erweiternde Regelung, die das Umgangsrecht der heutigen §§ 1684, 1685 BGB zunächst in der Kindschaftsrechtsreform und sodann durch das zur Umsetzung der Entscheidung des BVerfG v. 9.4.2003 erforderlich gewordene und am 30.4.2004 in Kraft getretene „Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes ...“ v. 23.4.2004 erhalten hat, hat hieran nichts geändert.<sup>2</sup> Im Hintergrund stehen Verhaltensweisen, mit denen sich die Familiensoziologie und -psychologie zu befassen hat. Hierauf soll in diesem Beitrag nicht eingegangen werden. Thema des Beitrages ist vielmehr die schlichte Rechtsfrage, ob und wie Nichtbeachtung bzw. Verletzung des Umgangsrechts, das einem gem. § 1684 BGB berechtigten Elternteil oder einem gem. § 1685 BGB bisheriger wie jetziger Fassung ebenfalls umgangsberechtigten sonstigen Verwandten oder sonstigen Dritten zusteht, schadensersatzpflichtig machen kann. Verurteilt wird so bei Vereitelung des Umgangsrechts z.B. zum Ersatz „frustrierter Aufwendungen“<sup>3</sup>. Keineswegs voll geklärt ist aber, inwieweit und auf welchen rechtlichen Wegen solche vom einen Elternteil als Schaden empfundene Vermögensfolgen auf den anderen Elternteil abgewälzt

werden können, der die Vereitelung verursacht hat. Ähnlich unklar ist die Haftung außenstehender Dritter, die – z.B. durch Nichtherausgabe des Kindes – den Umgang verhindern. Die Unklarheit rührt wesentlich daher, dass Rechtsprechung und Lehre sich mit der Rechtsnatur des Umgangsrechts schwer tun. Die überkommene Auffassung geht zwar zumeist dahin, das Umgangsrecht sei „sonstiges Recht“ i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB; schuldhaftige Verletzung kann dann Schadenshaftung in Höhe des Integritätsinteresses zur Folge haben.<sup>4</sup> Unstrittig war das freilich nie. Höchstrichterliche Entscheidungen haben eine definitive Antwort bislang nicht zu geben gehabt, so auch nicht die Entscheidung des BGH vom 19.6.2002 – XII ZR 173/00 –; sie hat dem Vater einen Teil seiner vergeblichen Aufwendungen und seiner Verluste auf der Grundlage der für die positive Forderungsverletzung alten Rechts bestehenden Regelung ersetzen lassen<sup>5</sup> und war zu einem weiter gehenden Bekenntnis nicht genötigt.

Die unklare Meinungslage ist Anlass dieses Beitrags. Er befasst sich in seinem ersten Teil mit der dogmatischen Einordnung des Umgangsrechts (unter II.) und nimmt im zweiten Teil zu den praktischen Folgerungen Stellung (unter III.)

### II. Rechtsnatur des Umgangsrechts

#### 1. Entwicklungen und Meinungslage

Die Betrachtung des Umgangsrechts ist knapp 100 Jahre lang immer im Zusammenhang des Elternrechts geschehen. § 1634 BGB a.F. war seit Schaffung des Familienrechts des BGB sein Standort. Der gesetzestechnische Zusammenhang mit der elterlichen „Gewalt“, dann elterlichen Sorge und ihrer Regelung in §§ 1626 ff. BGB schien natürlich. Bei Verlagerung des Rechts der elterlichen Sorge auf einen Elternteil konnte das Entstehen oder Verbleiben des „Umgangsrechts“ als abgespaltenes Teilrecht und ggf. verbleibender Rest der elterlichen Sorge begriffen werden, nicht ohne Folgen auch für die rechtliche Einordnung. War und ist das Recht der elterlichen Sorge „absolutes Recht“, auch mit Abwehr- und Exklusivfunktion, ist der Schluss nicht fern liegend, dass das Umgangsrecht als Teilrecht an dieser Rechtsnatur teilhaben darf und demgemäß ebenfalls „absolutes“ Recht ist. Der Schritt ins Schadensrecht ist dann nicht groß. Absolute Rechte sind, soweit sie nicht besonders benannte schadensfähige Positionen schon sind, „sonstige Rechte“ i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB und lösen bei ihrer Verletzung unter den Voraussetzungen der §§ 823 ff., 249 ff. BGB Schadensersatzansprüche aus.

Für die Personensorge als Teil des elterlichen Sorgerechts scheint solche Einordnung nach wie vor unumstritten zu sein. § 1632 BGB verbürgt nach bislang allgemeiner Auffassung ein solches absolutes, als „sonstiges Recht“ von

1 Vgl. *Fritz*, Mein Kind gehört mir!, Das Matriarchat und die von der Erziehung ausgeschlossenen Männer, FAZ vom 1.9.2003, S. 9; dagegen: *Kosta*, Den „neuen Vätern“ kann man es nicht recht machen. Das deutsche Umgangsrecht benachteiligt nicht die Erzeuger, sondern schützt lediglich Mütter und Kinder, FAZ vom 24.9.2003, S. 9.

2 S. BVerfG v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/91 – FamRZ 2003, 816 = NJW 2003, 2151. Zur Vorgeschichte des Gesetzes vom 23.4.2004 (BGBl. I 2004 S. 598) und zu den Änderungen bei § 1685 BGB s. *Höfelmann*, Das neue Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, FamRZ 2004, 745 ff., insbes. 747, 750 f.

3 So AG Essen v. 24.2.2003 – 18 C 128/02 –, NJW 2003, 2247.

4 So etwa der 4. Strafsenat des BGH in FamRZ 1999, 651, 652; ebenso OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 1056; AG Gütersloh FamRZ 1998, 576; AG Essen FamRZ 2000, 1100; aus der Lehre vgl.: *Soergel/Strätz*, BGB, 12. Aufl. 1987, § 1634 Rn 4; *Erman/Michalski*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1684 Rn 5; *Staudinger/Rauscher*, BGB, 13. Bearb. 2000, § 1684 Rn 25; *Palandt/Diederichsen*, BGB, 63. Aufl. 2004, § 1684 Rn 3.

5 BGH, Urt. v. 19.6.2002 – XII ZR 173/00, BGHZ 151, 155 = LM § 1634 BGB Nr. 14 m. Anm. *Hohloch*.

§ 823 Abs. 1 BGB erfasstes Recht. Schon der Wortlaut spricht dafür. Die Personensorge umfasst das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen (§ 1632 Abs. 1 BGB), und das Recht, den Umgang des Kindes auch mit Wirkung für und gegen Dritte zu bestimmen (§ 1632 Abs. 2 BGB).<sup>6</sup> Hinsichtlich des „Umgangsrechts“ bestand solche Klarheit und Einhelligkeit freilich nie. Seine Rechtsnatur war schon fraglich, als es vor der Kindschaftsrechtsreform noch in § 1634 BGB a.F. in engerer Form als seither geregelt war. Die gängige Auffassung lief indes, wie oben schon angesprochen, auf die Ausdeutung als absolutes Recht hinaus. Bei der Begründung ließen sich im Wesentlichen drei Auffassungen ausmachen. Das Umgangsrecht erschien als Konsequenz der Abstammung und Blutsverwandtschaft,<sup>7</sup> moderneren Gehalt hatte die Ausdeutung, es sei Folge „sozialer Elternschaft.“<sup>8</sup> Stärkeres juristisches Verständnis erschien in der Auffassung, es erwachse aus dem natürlichen und verfassungsgemäß geschützten Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG)<sup>9</sup> und in der Meinung, es sei eben verbleibender Rest des Personensorgerechts, wenn letzteres im Zuge familiärer Umwälzung als Hauptrecht bei dem anderen Teil (oder auch einer Ersatzperson) angesiedelt sein müsse.<sup>10</sup> Aus dem Grundverständnis ließen sich dann Schlüsse für die praktische Handhabung auch bei der Abwälzung von Schäden ziehen. Aus der Deutung des Umgangsrechts als Rest des Personensorgerechts konnte die Anerkennung als absolutes Recht und seine schadensersatzrechtliche Protektion durch § 823 Abs. 1 BGB folgen.<sup>11</sup> Der Vergleich mit dem in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Eigentum als umfassend geschütztem absoluten Recht (vgl. §§ 903, 985 BGB) und den von ihm abgespaltenen Rechten des Hypothekars und des Pfandgläubigers (vgl. §§ 1134 und 1227 BGB) mochte in diesem Zusammenhang zwar etwas befremdlich wirken, ließ sich gleichwohl aber nicht von der Hand weisen.<sup>12</sup> Als Teil des natürlichen Elternrechts i.S.v. Art. 6 Abs. 2 GG verstanden musste es deliktsrechtlichen Schutz über § 823 Abs. 1 BGB nicht nach sich ziehen. Übrig blieben dann §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB sowie vertragliche und quasivertragliche Haftung bei Herbeiführung von Schäden innerhalb einer rechtlichen Sonderverbindung zu dem Inhaber des Umgangsrechts und schadensstiftender Verletzung des Rechts.

## 2. Konkretisierung und Erweiterung des Umgangsrechts in der Kindschaftsrechtsreform und durch die jüngste Rechtsänderung vom 30.4.2004

In der Kindschaftsrechtsreform hat das Umgangsrecht erhebliche Veränderung erfahren. Der gesetzliche Standort befindet sich trotz der Verlagerung von § 1634 nach §§ 1684, 1685 zwar noch im Titel „Elterliche Sorge“, die Distanz zu § 1632 BGB ist jedoch deutlich größer. Sofort sichtbare Erweiterung ist die damalige Erweiterung auf einen größeren Familienkreis, Großeltern, Geschwister und Stiefeltern. In der Kindschaftsrechtsreform sind durch den Gesetzgeber auch Aussagen zur Bedeutung und Natur des Umgangsrechts gemacht worden, die Bedeutung auch für die Lösung der hier anstehenden schadensrechtlichen Bewertungen haben sollten. § 1684 Abs. 1 Hs. 1 BGB berechtigt zum Umgang in erster Linie das Kind. Erst im Anschluss ist jeder Elternteil als zum Umgang berechtigt benannt. Der Berechtigung korrespondiert die Verpflichtung der Elternteile, den Umgang zu gewähren. Zugrunde liegen die Erkenntnis und die Zielvorgabe des Gesetzgebers, dass der Umgang mit beiden Elternteilen im Regelfall förderlich für die Entwicklung des Kindes ist. Der gleichen Erkenntnis folgt die Aufnahme des § 1685 BGB und die Erweiterung des Kreises von Umgangsberechtigten.<sup>13</sup> §§ 1684, 1685 BGB sind, auch wenn Kindeswohl und Erkenntnisse, was für die Kindesentwicklung notwendig und förderlich sei, die Regelung tragen, freilich Rechtsregelungen, die Verhaltenspflichten sta-

tuieren und Ansprüche rechtlichen Gehalts verbürgen. So bedarf hier keiner Vertiefung, dass §§ 1684, 1685 BGB Rechtsansprüche gewähren, die zwischen dem Anspruchsberechtigten und dem Verpflichteten das Umgangsrecht in seinen Grenzen durchsetzbar machen. Das gilt für das Verhältnis zwischen den Elternteilen wie im Verhältnis zwischen dem Berechtigtenkreis des bisherigen wie des seit 30.4.2004 nochmals erweiterten § 1685 BGB und dem rechtlichen oder auch nur faktischen Inhaber der Personensorge. Der eigentliche Charakter des „Umgangsrechts“ wird jedoch sofort deutlich, wenn das Kind und seine Rechtsstellung innerhalb der Umgangsrechtsregelung mitbetrachtet wird. Die Regelung ist zwar in seinem Interesse erlassen, selbst hat es jedoch auf der Basis der §§ 1684, 1685 BGB eine nur beschränkte Rechtsposition. Gerichtlich durchsetzbare Ansprüche des Kindes auf Umgang mit dem Kreis der von §§ 1684, 1685 BGB umgekehrt Berechtigten gewähren diese Normen nicht; ein erzwungener Kontakt ist im Hinblick auf das Kindeswohl ersichtlich problematisch und demgemäß nicht i.S.d. Gesetzes.<sup>14</sup> Das wesentliche Anliegen des Reformgesetzgebers von 1997/98 wie von 2004, das Kindesinteresse auf der Grundlage der Erkenntnisse über die für die Kindesentwicklung wesentlichen Einflussmomente in den Vordergrund zu rücken, ist durch diese Beschränkungen freilich nicht beeinträchtigt.

## 3. Das Umgangsrecht im Kreis der subjektiven Rechte

### a) Familienrechtliche Rechtspositionen und schuldrechtlicher Schadensausgleich

§§ 1684, 1685 BGB haben eine Regelung Gesetz werden lassen, die den Kindesinteressen förderlich ist und zugleich auch den Interessenausgleich zwischen an dem Kind interessierten und dem Kind umgangsnützlichen Personen dient; die Schaffung der heutigen gerade eben nochmals reformierten und erweiterten Fassung musste den Gesetzgeber nicht dazu veranlassen, schadensrechtliche Sekundärkonsequenzen mitzubedenken. Erwägungen in diese Richtung finden sich weder in der Entscheidung des BVerfG vom 9.4.2003 noch in den Erörterungen zu § 1685 Abs. 2 BGB n.F. im Gesetzgebungsverfahren. Sie sind auf die Verleihung des Umgangsrechts an den „biologischen Vater“ und die notwendige Grenzziehung konzentriert.<sup>15</sup> Welche scha-

6 Allgemeine Ansicht, vgl. nur *Staudinger/Salgo*, 13. Bearb. 2002, § 1632 Rn 13.

7 Vgl. die Darstellung bei *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, 12. Aufl. 1997, § 1634 Rn 5 ff. und die Sicht in der älteren Rechtsprechung und Literatur, s. z.B. KG RJA 11, 254, 256 = KGJ 41, 11, 14; KGJ 49, 29; *Riedel*, Das Recht der Kinder aus geschiedenen Ehen, 1960, S. 85, 88; *Birk*, FamRZ 1967, 306, 310.

8 *Lempp*, NJW 1972, 315 (aus psychologischer Sicht); *Simon*, FamRZ 1972, 485; ders., ZBlJugR 1974, 413 ff.; *Krüger/Breetzke/Nowack*, GleichberG, 1958, Nr. 230 der Einleitung.

9 So fast einhellig die spätere Rechtsprechung, BVerfG FamRZ 1968, 578; 1971, 421; 1983, 872; BGH FamRZ 1965, 130; 1969, 148; aus der Lehre vgl. *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, 12. Aufl. 1997, § 1634 Rn 22, 27; *Soergel/Strätz*, 12. Aufl. 1987, § 1634 Rn 3; *Beitzke/Lüderitz*, Familienrecht, 26. Aufl. 1992, § 29 IV, 1; *Schwab*, Familienrecht, 8. Aufl. 1995, Rn 526.

10 So das RG in st. Rspr. RGZ 64, 47; 141, 319, 320; 153, 238, 242. Ebenso das KG in st. Rspr. JW 1937, 962; 1937, 2197; 1938, 1334; 1938, 2211; aus der Lehre etwa MüKo-Hinz, 2. Aufl. 1987, § 1634 Rn 3.

11 So bereits RGZ 141, 319, 320.

12 Vgl. meine Skizzierung der „schuldrechtlichen“ Konsequenz in meiner Anmerkung zur Entscheidung des BGH v. 19.6.2002 – XII ZR 173/00, in: LM § 1634 Nr. 14 unter 2. A.E. (oben Fn 4).

13 BT-Drucks 13/4899, 68.

14 BT-Drucks 13/4899, 68; s. mit zum Teil anderer Auffassung dazu allerdings *Palandt/Diederichsen*, § 1684 Rn 1; diese Frage braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden, da Schäden, die ausgleichsfähig sein könnten, in der Regel nicht dem Kind, sondern bei anderen Beteiligten entstehen.

15 Zur Entscheidung des BVerfG s. oben Fn 2 (Beschlussgründe C. I–IV); zum Gesetzgebungsverfahren und den dortigen Hauptpunkten der Erörterung BR-Drucks 751/03 v. 28.11.2003 und BT-Drucks 15/2253 v. 17.12.2003, Anlage 2 sowie BT-Drucks 15/2831 v. 31.3.2004 und BR-Drucks 254/04 v. 2.4.2004. S. auch den Überblick bei *Höfelmann* (oben Fn 2), 747 f.

densrechtlichen Konsequenzen sich bei Verletzung des Umgangsrechts ergeben können, ist eine Frage des Bestehens von rechtlich geschützten Ausgleichsbeziehungen, d.h. eine Frage des nicht im Familienrecht geregelten und an dieser Stelle auch nicht zu regelnden Schadensersatzrechts. Schadensersatzansprüche sind schuldrechtliche Ansprüche, die eben Rechtspositionen voraussetzen, aus deren Verletzungen Vermögensschäden, unter Umständen auch Nichtvermögensschäden resultieren können, die im Rahmen vorhandener Ausgleichssysteme von demjenigen, der den Schaden erleidet oder spürt, auf einen verantwortlichen und rechtlich haftbar zu machenden Anspruchsgegner abgewälzt werden können. Dieses Verteilungsschema erscheint als Konstrukt einfach und darf auch so erscheinen, da es um eines unter vielen Schadensersatzproblemen geht, deren allgemeiner Regelungsrahmen die im Schuldrecht verankerte Regelung der Schadensersatzbeziehungen ist. Geht es um Ausgleich für Eingriffe in familienrechtliche Regelungen, wird die Umsetzung nicht grundsätzlich schwieriger. Es ist zwar nach wie vor im Grundsatz richtig, dass allgemeinen Regelungen des Schuldrechts das Familienrecht nicht verschlossen ist und dass familienrechtliche Rechtsverhältnisse der Ergänzung und Ausfüllung durch Regelungen des allgemeinen Schuldrechts (wie auch des Allgemeinen Teils) des BGB zugänglich sind und derer bedürfen, doch zeigt gerade die Entwicklung der Eltern-Kind-Beziehungen und auch anderer Teile des Kindschaftsrechts, dass für das Schuldrecht Behutsamkeit im Umgang mit diesem Teil des Familienrechts angezeigt ist.<sup>16</sup>

#### b) Personensorgerecht und „sonstiges Recht“ (§ 823 Abs. 1 BGB)

Das gilt gerade auch für den bei Befassung mit dem „Umgangsrecht“ stets berührten Bereich der elterlichen Sorge. Die elterliche Personensorge in den Kreis der „absoluten Rechte“ einzuordnen, war kein besonderes Subsumtions- und Wertungsproblem, als sie Teil der elterlichen Gewalt früherer Prägung war.<sup>17</sup> Hieraus flossen Machtverhältnisse in Bezug auf das Kind. Gab die gesetzliche Regelung weiterhin Abwehrrechte, aus denen sich bei einfacher Betrachtung eine Ausschließlichkeitssphäre für den Rechtsinhaber ergeben konnte, war der Schritt zur Bejahung des „sonstigen Rechts“ i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB getan.<sup>18</sup> Schäden aus Verletzungen dieser Rechtssphäre waren so, wenn sie nur im Schutzbereich des verletzten Rechts lagen, auf diesem Wege ersatzfähig. Hieran hat sich durch die Veränderungen nichts geändert, die von der elterlichen Gewalt zur elterlichen Sorge und zur immer stärkeren Ausdeutung des Sorgerechts als am Kindeswohl orientierten „Pflichtrecht“ geführt haben. Diese Veränderung hat das Verhältnis Eltern-Kind zum Gegenstand gehabt und dort eine veränderte Wertung bewirkt. Im Grundsatz nicht betroffen ist die als Personensorgerecht formulierte und rechtlich geschützte Familiensphäre, die bis zum Ende der Minderjährigkeit des Kindes den Eltern oder dem berechtigten Elternteil als Träger einer Rechtsposition zugeordnet ist, die ungeachtet ihrer starken Pflichtbindung im Innenverhältnis zu dem Kind nach außen Rechtsposition ist, die rundum, gegen jeden Nichtberechtigten abwehrfähig ist. Das Recht der elterlichen Personensorge ist deshalb nach wie vor „sonstiges Recht“ i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB,<sup>19</sup> ohne dass damit der Kreis dieser Rechte überdehnt würde. Pflichten und Einschränkungen, die die Tragweite eines „absoluten Rechts“ begrenzen, sind bei anderen Rechten, deren Verletzung über § 823 Abs. 1 BGB ersatzpflichtig machen kann, nicht selten. Sie begegnen beim Eigentum als dem Musterrecht des § 823 Abs. 1 BGB z.B. dort, wo es um die Abgrenzung zwischen den Eigentumssphären von Nachbarn i.S. der §§ 905 ff. BGB geht; sie begegnen ebenso in der Abwägung, mit der für „offene

Rechte“ wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb die Grenzen gezogen werden. Wird „von außen“ die gezogene Grenze verletzt, erfolgt auch hier der Schadensausgleich über die Figur der Verletzung des sonstigen Rechts. Am „Ausschließlichkeitscharakter“ nach außen hin, der für das „sonstige Recht“ und den Rechtstyp des „absoluten Rechts“ bedeutsam ist,<sup>20</sup> ändert sich durch diese „Innenbindungen“ nichts Entscheidendes. Das elterliche Personensorgerecht darf also weiterhin „sonstiges Recht“ i.S.d. Schadensrechts bleiben. Das Kind wird dadurch auch keineswegs rechtlich unterprivilegiertes „Rechtsobjekt“. Es ist Subjekt der elterlichen Pflichten, die Konsequenz der nach außen gerichteten Rechtsposition der Eltern oder des berechtigten Elternteiles sind. Da es bei Eingriffen von außen um die Rechtsposition geht, deren Träger, wie gesagt, notwendig die Eltern sind, ist es auch richtig, in diesem Außenverhältnis zur Abwehr § 1632 BGB und dann zum Ausgleich von Schäden § 823 Abs. 1 BGB einzusetzen. Der letztere Ansatz kann unbeeinflusst von Erzwingungsmaßnahmen, die auf § 1632 BGB gestützt werden können,<sup>21</sup> verfolgt werden. Greifen kann ein Schadensersatzanspruch freilich nur insoweit, als ersatzfähige Schäden aus der Verletzung der elterlichen Sorge entstehen.

#### c) Umgangsrecht „sonstiges Recht“?

Fraglich ist, ob sich in ähnlicher Weise und mit dem Ziel der Steuerung der Schadensabwälzung auch das Umgangsrecht der §§ 1684, 1685 BGB als „sonstiges Recht“ einordnen lässt. Die Möglichkeiten schädigender Beeinträchtigung von Umgangsberechtigten durch Verhinderung, Vereitelung, Verkürzung von Umgangsrechten sind leicht ersichtlich und machen die praktische Relevanz der Fragestellung wie der Antwort deutlich. Die praktische Bedeutung entfällt nicht dadurch, dass die Durchsetzung von Umgangsregelungen erzwungen werden kann.<sup>22</sup> Vorherbestimmen können sie die Einordnung und damit die Antwort indes nicht. Das Bild eines „beschränkten Familienrechts“, das sich als Teil einer familienrechtlichen Rechtsposition darstellt, die bei Eltern auch umfassender gestaltet sein kann und dann als umfassende Rechtsposition des Rechts der Personensorge erscheint, ist sicherlich reizvoll; es beansprucht mit seiner Parallele zum „Vollrecht“ des Eigentums und den abgespaltenen Teilbefugnissen, die sich als beschränkte dingliche Rechte darstellen, in gewisser Weise eine Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Das damit gewonnene Ergebnis einer Einordnung auch des heutigen Umgangsrechts als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB muss auch keineswegs unrichtig sein, allerdings dürfte eine genauere Betrachtung und differenziertere Begründung einem solchen Ergebnis nicht schaden, bei aller Wertschätzung für einfache Begründungen bei Fragen, die zu den Grundfragen

16 Zur Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts auf aus dem Familienrecht hervorgehende Rechtsbeziehungen allgemein *Hohloch*, Familienrecht, 2002, Rn 152, 159.

17 Zu solcher Einordnung vor der Sorgerechtsreform von 1979 z.B. KG JW 1925, 277; w. Nachw. Bei *Palandt/Thomas*, BGB, 38. Aufl. 1979, § 823 Anm. 6 f.

18 So schon RG JW 1913, 202.

19 Vgl. aus der neueren Rechtsprechung BGHZ 111, 168 (Ersatz von Detektivkosten).

20 Zur Struktur der „sonstigen Rechte“ vor dem Hintergrund der „absoluten Rechte“ des § 823 Abs. 1 BGB s. im Überblick *Soergel/Zeuner*, BGB, 12. Aufl. 1998, § 823 Rn 46. Mit Blick auf das Personensorgerecht *Deutsch*, Familienrechte als Haftungsgrund, Versicherungsrecht 1993, 1 ff.; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl. 1994, § 57 V 1, 6.

21 S. § 33 FGG; zu den Verfahren im Überblick *Palandt/Diederichsen*, § 1632 Rn 7, 8.

22 So richtig auch *Schwab*, FamRZ 2002, 1297, 1302; sanktionslose Modifikationen im Interesse des Kindes, die einseitig veranlasst sein können, sind durchaus zulässig, aber nicht das vorliegende Thema.

der familienrechtlichen Rechtspositionen rechnen dürfen.<sup>23</sup>

§§ 1684, 1685 BGB heutiger Fassung haben den „objektivrechtlichen Hintergrund“ einer primär an der Kindesentwicklung und damit am Kindesinteresse, letztlich am Kindeswohl orientierten Rechtssetzung.<sup>24</sup> Die Umsetzung dieser Regelung geschieht im Einzelfall über die als Anspruch der Berechtigten ausgestalteten Umgangsrechte. Das Umgangsrecht eines nach §§ 1684, 1685 BGB Umgangsberechtigten ist demgemäß subjektives Recht wie andere Rechtspositionen auch, die auf familienrechtlicher Grundlage existieren und einem Berechtigten zugeordnet sind.<sup>25</sup> Dass der Umgang mit dem Kind und des Kindes mit den Umgangsberechtigten primär im Kindesinteresse rechtlich verbürgt ist, hindert diese Betrachtung keineswegs. Das Ergebnis der günstigen Kindesentwicklung wird, wie auch sonst in einem überwiegend privatrechtlich denkenden Familienrecht, über den Einsatz der subjektiven Berechtigungen gewonnen.

„Sonstiges Recht“ i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB ist das Umgangsrecht als Rechtsposition des Berechtigten auf der Grundlage solcher Begründung aber noch nicht. Hinzukommen muss dafür ein Zuordnungselement, das diese Rechtsposition zu einem Recht macht, das seinen Schutzbereich einer Person zuordnet und damit die rechtliche Beziehung des Berechtigten in Bezug auf das Kind gegenüber Dritten klarstellt. Eine solche Charakterisierung lässt sich für die Umgangsrechte der §§ 1684, 1685 BGB heutiger Fassung begründen, ohne dass bei dem einfachen Bild des „beschränkten Familienrechts“ stehen zu bleiben ist, das als Bild erläuternden Charakter hat, aber eine „materielle Begründung“ nicht gibt. Gewiss ist mit dem Ausbau der Regelung des Umgangsrechts in der Kindschaftsrechtsreform und jetzt zuletzt durch das Gesetz vom 23.4.2004 Erkenntnissen der Kinder- und Familiensoziologie und -psychologie Rechnung getragen worden, die den Verkehr des Kindes mit Bezugspersonen in seiner richtigen und wichtigen Bedeutung würdigen.<sup>26</sup> Ohne weiteres richtig ist auch, dass Umgangsrechte die Regelung personaler Beziehungen in der engsten (§ 1684 BGB) wie etwas weiteren (§ 1685 Abs. 1 BGB) Familie und seit der jüngsten Gesetzesänderung auch der „engen Bezugspersonen“ des Kindes, bei denen die faktische „sozial-familiäre Beziehung“ auf der Grundlage gelebter Verantwortung i.S.v. § 1685 Abs. 2 BGB jetziger Fassung besteht oder bestanden hat, enthalten.<sup>27</sup> Das entspricht der Funktion subjektiver Berechtigungen des Kindes und um das Kind herum. Zu sehen ist indes auch, dass das Gesetz auch in seiner ihm jüngst gegebenen Fassung nur einen begrenzten Personenkreis mit solchen Berechtigungen ausstattet und anderen Personen (Fremde, sonstige Beziehungspersonen) eine rechtlich abgesicherte Position nicht gibt, wiewohl die Beziehungen eines Kindes zu einer solchen Bezugsperson im Einzelfalle hochwichtig sein können. Zu sehen ist schließlich auch, dass Umgangsrechte ihre Bedeutung auch Dritten gegenüber haben. Angelegt sind sie als Regelung zwischen dem „Berechtigten“ und demjenigen, der sorgeberechtigt und aufenthaltsbestimmungsberechtigt ist. Gefährdet sind sie nicht nur durch den „Anspruchsgegner“, d.h. den insofern bestimmungsberechtigten Elternteil, sondern auch durch Dritte, z.B. den neuen Ehepartner oder sonstige Partner des einen wie des anderen Elternteils oder sonstigen Bestimmungsberechtigten.

Die Diskussion um die Rechtsnatur des Umgangsrechts ist zum Teil durch die Befürchtung geprägt, die Einordnung des Umgangsrechts als „sonstiges Recht“ sei zu starr wie auch zu stark und trage der familienrechtlichen Herkunft wie der familienrechtlichen Zweckbestimmung des Umgangsrechts nicht genügend Rechnung. Diese Befürchtungen lassen sich indes zerstreuen. Einerseits hindert die Annahme einer Rechtsnatur, wie sie das „sonstige Recht“

voraussetzt, nicht die Betrachtung als Regelung der personalen Beziehungen. Das Umgangsrecht ist Teil des Beziehungsgeflechts, in dem der Minderjährige steht. Das Umgangsrecht ist aber darüber hinaus eben eine Rechtsposition, die den Personen zusteht, die vor §§ 1684, 1685 BGB im Kindesinteresse Träger eines „Umgangsrechts“ sein können. Ihnen steht dieses Recht als „Familienrecht“ i.S.v. Art. 8 EMRK zu.<sup>28</sup> Auch die weiteren Konventionsregelungen, die Deutschland für sich in Kraft gesetzt hat, betonen diese grundsätzliche Natur der Berechtigung gegenüber dem Kind.<sup>29</sup> Dann aber ist es richtig, dieses Recht als schutzfähiges Recht zu begreifen, das sich nicht nur als Schutzposition innerhalb eines konkreten Schuldverhältnisses verifiziert, sondern darüber hinaus und eben nicht allen Personen, mit denen das Kind zu tun hat, zusteht. Mehr ist für ein „sonstiges Recht“ nicht erforderlich.

### III. Schadensersatz bei Verletzung des Umgangsrechts

#### 1. Grundsätze

Das Umgangsrecht der §§ 1684, 1685 BGB ist persönliche, familienrechtlich eingeordnete Berechtigung im Interesse des Kindes, aber auch des Berechtigten. Dieses „persönliche“, „familiäre“ Element ist für die Rechtsnatur von Bedeutung; in der praktischen Handhabung hat das Umgangsrecht aber auch deutlichen Bezug zum Vermögen des Berechtigten. Die Wahrnehmung des Umgangsrechts bringt in der Regel Kostenaufwand mit sich (z.B. Reisekosten zum Treffpunkt), vielfach werden vermögensmäßig relevante Dispositionen getroffen, mit denen die für die Ausübung des Umgangsrechts verfügbare Zeit ausgefüllt wird. Kann das Umgangsrecht dann nicht ausgeübt werden, stellt sich die Frage nach dem Schaden und der Schadenstragung. Die Betonung des „personalen“ Elements der Rechtsnatur des Umgangsrechts ist für die Beantwortung wenig hilfreich. Hilfreicher ist schon die Erkenntnis, dass diese Handhabung des Umgangsrechts Vermögensbezug hat und als Teil der Fürsorge und Betreuung für das Kind Aufwendungen erforderlich macht, die sachgerecht und effektiv aufgewendet sein wollen. Schlagen die Aufwendungen fehl oder bedarf es zur Durchsetzung größeren finanziellen Aufwandes als regelmäßig und nach der konkreten Ausgestaltung erforderlich, wird der Vermögensbezug evident und wird deutlich, dass aus Verletzungen des Umgangsrechts Vermögensschäden resultieren können, so dass auch die Schadenstragung geregelt oder regelbar sein muss. Damit ist das Problem ganz

23 S. die bildliche Veranschaulichung dieser subjektiven Familienrechte in meiner Anm. zu BGH v. 19.6.2002 – XII ZR 173/00 – (BGHZ 151, 155 ff.) in: LM § 1634 BGB Nr. 14 (unter 2.) (s. oben Fn 5). Zur früher gängigen „sachenrechtsähnlichen“ Erläuterung s. v. Blume, JW 1924, 539.

24 Zum „verbrieften Kindeswohl“ Schwab (oben Fn 22), 1302; s. dazu auch § 1626 Abs. 3 und den „internationalen Hintergrund“ der Rspr. des EuGHMR (Rechtssache Scozzari ./. Giunta [Urt. v. 13.7.2000], Rechtssache Elsholz ./. BRD [Urt. v. 13.7.2000, FamRZ 2001, 341], Rechtssache Sommerfeld ./. BRD [Urt. v. 11.10.2001, FamRZ 2002, 381]) und des „Europaratsübereinkommens über den Umgang mit Kindern“ (zur Zeichnung aufgelegt).

25 Eindeutig sowohl für das Umgangsrecht des § 1684 (in der Konsequenz zu EuGHMR FamRZ 2001, 341 und BVerfG NJW 2003, 2151 z.B. Palandt/Diederichsen, § 1684 Rn 1; OLG Saarbrücken KindPrax 2003, 29; Motzer, FamRZ 2000, 925) wie das des § 1685 (Rauscher, FamRZ 1998, 336; Palandt/Diederichsen, § 1685 Rn 1; a.A. nur Weisbrodt, DAmtsV 2000, 195, der einen bloßen Rechtsreflex vorliegen sieht, was aber der Bedeutung und Struktur des § 1685 BGB nicht gerecht wird).

26 S. Rauscher, FamRZ 1998, 336 ff.; zur Begründung der Fassung von 1998 durch die Kindschaftsrechtsreform mit diesen Erkenntnissen BT-Drucks 13/4899, 68; ebenso die Begründung des § 1685 Abs. 2 n.F., s. schon die Beschlussgründe C.I.2 und C.I.4 der Entscheidung des BVerfG (oben Fn 2) sowie die Beratungen zum Umgangsrecht und Gesetzgebungsverfahren, dazu Höfelmann (oben Fn 2), 748, 750 f.

27 So betonend Schwab, FamRZ 2002, 1297 ff.

28 S. die oben Fn 25 und 24 angeführte Rechtsprechung des EuGHMR.

29 Vgl. nur die UN-Kinderkonvention, dazu FamRZ 1992, 253 und Schwenzer, FamRZ 1993, 1036. S. auch das in Fn 24 erwähnte Umgangsübereinkommen (Art. 5 I und II).

eindeutig im Schadensersatzrecht und Schuldrecht angesiedelt, wo es auch seine Lösung zu erhalten hat. Grundsätzliche Bedenken gegen eine solche Ansiedlung sollten nicht erhoben werden. Wird das Problem „Schadensersatz bei Beeinträchtigung des Umgangsrechts“ unter Berücksichtigung schadensrechtlicher Kategorien zu lösen gesucht, geht es nicht um eine „Verschuldrechtlichung“<sup>30</sup> einer eigentlich familienrechtlichen Materie. Vielmehr geht es darum, bei Berücksichtigung der Rechtsposition des Umgangsberechtigten, die ganz eindeutig familien- und personenrechtlichen Charakter hat, die rechtlichen Konsequenzen einer schädigenden Beeinträchtigung dieser Rechtsposition zu klären. Dazu bedarf es der Heranziehung der Schadensausgleichsmechanismen, die eben nicht im Familienrecht, sondern im allgemeinen Schadensausgleichsrecht und damit im Schuldrecht des BGB angelegt sind.

## 2. Schadensersatz aus Verletzung des Umgangsrechtsverhältnisses

Der nächstliegende Weg der Schadensregulierung ist im Allgemeinen die Regelung innerhalb eines besonderen Rechtsverhältnisses, das als „Sonderverbindung“ erscheint und als gesetzlich fundiertes Schuldverhältnis oder gar vertragliches Schuldverhältnis den rechtlichen Rahmen für die Schadensregulierung abgibt. Nach diesen allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechts kann im Hintergrund immer auch das Schadensersatzsystem des Deliktsrechts (§§ 823 ff. BGB) wirken, dessen konkurrierende Existenz sich praktisch nicht auswirkt, solange Schäden über das näher liegende Rechtsverhältnis der rechtlichen Sonderverbindung abwickelbar sind, das aber dann in Erscheinung tritt, wenn ein solches besonderes Rechtsverhältnis nicht gegeben ist.<sup>31</sup> Bei familienrechtlich begründeten oder eingeordneten Rechtsbeziehungen muss insofern zunächst nichts grundsätzlich anderes gelten als wenn eine Schadens- und Schadensersatzbeziehung ausschließlich schuldrechtlich qualifiziert ist.

### a) Schadensersatz aus Verletzung eines Umgangsrechtsverhältnisses

Vor diesem Hintergrund ist bei der Prüfung der Frage, ob einem Umgangsberechtigten wegen Verletzung seines Umgangsrechts Schadensersatzansprüche zustehen, stets zunächst das Vorliegen einer als Schadensersatzgrundlage geeigneten „Sonderverbindung“ zu prüfen. Liegt sie vor, kommt es – mit der Rechtsprechung des BGH –<sup>32</sup> auf die Frage, ob § 823 Abs. 1 BGB *auch* Schadensersatzgrundlage sein kann, praktisch gesehen nicht mehr an. Ersatzumfang, Verjährung, Beweislast sind heute mit einheitlichen Ergebnissen für die Vertragsverbindung wie das eventuelle Deliktsverhältnis geregelt, so dass es auf die Kumulation durch Anspruchskonkurrenz jedenfalls für die praktische Handhabung eines Schadensausgleichs nicht mehr ankommt.

#### aa) Umgangsrechtsvereinbarung als Schadensersatzgrundlage

Engste Sonderverbindung ist eine zwischen Elternteilen als Vertrag oder im Rahmen einer weiter gehenden vertraglichen Regelung (Trennungsvereinbarung, Scheidungsvereinbarung) abgeschlossene Umgangsrechtsvereinbarung. Die „Dichte“ einer solchen Vereinbarung ist für die Frage, ob sie im Grundsatz Schadensersatzgrundlage sein kann, nicht von Bedeutung.<sup>33</sup> Sie ist ein familienrechtlich einzuordnender Vertrag und eine vertragliche Regelung des Umgangsrechts auch dann, wenn damit nur das Minimum dessen geregelt ist, was bei einer Umgangsrechtsvereinbarung regelbar und einräumbar ist. Liegt eine solche vertragliche Regelung vor, regelt sich die Frage einer Schadensersatzberechtigung bei „Nichtgewährung“ oder „Schlechtgewährung“ des Um-

gangsrechts durch den einen Elternteil gegenüber dem anderen Elternteil nach den für die Vertragsverletzung, sprich Pflichtverletzung geltenden Regelungen; Ausgangsnorm ist somit § 280 BGB, bei zu vertretender Pflichtverletzung besteht jedenfalls die Möglichkeit eines hierauf gegründeten Schadensersatzanspruchs.<sup>34</sup> Der Verschuldensmaßstab sollte hinsichtlich des „Vertretenmüssens“ i.Ü. nicht der Maßstab der §§ 1359, 277 BGB („eigenübliche Sorgfalt“) sein, sondern, da es um einen nach außen gerichteten, dem Kind nützlichen Vertrag geht, die Normalregelung des § 276 BGB.<sup>35</sup>

#### bb) Gerichtliche Umgangsregelung als Schadensersatzgrundlage

In den Rechtsfolgen nicht anders stellt sich der Fall dar, dass die Umgangsregelung Teil der gerichtlich angeordneten Regelung ist. Ob die gerichtliche Anordnung endgültiger oder vorläufiger, einstweiliger Art ist, ist im hier vorliegenden Zusammenhang ohne Belang. Die gerichtliche Anordnung betrifft den aus ihr Berechtigten und den aus ihr Verpflichteten und schafft zwischen ihnen wiederum die „Sonderverbindung“ auf familienrechtlicher Grundlage, die Verpflichtungen wie Ansprüche erzeugt. Diese bestehen zwischen den beiden Parteien und sind schuldrechtliche Obligationen, die zusammen ein auf der bestehenden gesetzlichen Grundlage geregelter Schuldverhältnis bilden.<sup>36</sup> Nichtgewährung wie Schlechtgewährung des Umgangsrechts bedeutet Verletzung des Schuldverhältnisses i.S.v. Pflichtverletzung, so dass die schadensersatzrechtlichen Rechtsfolgen sich wiederum nach § 280 BGB bemessen. Die konkrete gerichtliche Ausgestaltung im Interesse des Kindes verbietet freilich wiederum, den Verschuldensmaßstab auf § 1359 BGB zu stützen, es gilt auch hier § 276 BGB.<sup>37</sup> Er-sichtlich gilt dieser Grundsatz in allen Anwendungsfällen des Umgangsrechts (§ 1684 wie § 1685 BGB), wenn das Umgangsrecht nach beiden Vorschriften als subjektives Recht akzeptiert wird.<sup>38</sup>

### b) Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB (Umgangsrecht als „sonstiges Recht“)

In den beiden unter a) behandelten Fallgruppen kann neben die aus der Verletzung der „Sonderverbindung“ folgende Schadensersatzhaftung eine Deliktshaftung gem. § 823

30 Ausdruck so von *Schwab*, FamRZ 2002, 1297; zu Bedenken auch *Henrich*, JZ 2003, 49.

31 Vgl. statt aller BGH NJW 1987, 2008, 2010; *Palandt/Sprau*, Einführung vor § 823 Rn 4.

32 BGHZ 151, 155 ff. (s. oben Fn 5).

33 S. zur Zulässigkeit § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO; zur Verbindlichkeit OLG Frankfurt a.M. FamRZ 2003, 250; zur Erzwingbarkeit noch OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 325.

34 Auf die Spitze getrieben werden sollte die Heranziehung der §§ 280 ff. BGB freilich nicht. Ein gescheitertes „Fixgeschäft“ anzunehmen, wenn zeitlich bestimmter Umgang nicht gewährt worden ist, bringt keinen nützlichen Effekt außer dem „Umweg“ zum Ersatzanspruch über § 283 BGB. Im Vordergrund steht hier die „Pflichtverletzung“, was unmittelbar zu § 280 BGB führt; zu subtiler Heranziehung des Leistungsstörungenrechts ist nicht veranlasst, insoweit ist die – vorbeugende – Kritik von *Schwab*, FamRZ 2002, 1297, 1298 gewiss zutreffend.

35 Zur Beschränkung des § 1359 BGB auf Rechtsgeschäfte und Verhaltensformen, die im engen Zusammenhang mit der ehelichen Beziehung zwischen den Ehegatten stehen, s. schon RGZ 148, 303; s.f. *Palandt/Brudermüller*, § 1359 Rn 1, 2.

36 So in Weiterentwicklung der BGH-Sicht vom gesetzlichen Schuldverhältnis (s. oben Fn 5); die gerichtliche Anordnung und Konkretisierung des in §§ 1684, 1685 BGB durch das Gesetz vorgegebenen, aber ausführungsbefähigten und konkretisierungsbedürftigen Rechts schafft kein „vertragliches“ Schuldverhältnis, ebenso wenig, wie die nähere Ausgestaltung einer Unterhaltsverpflichtung aus der gesetzlichen Unterhaltsverpflichtung eine vertragliche Unterhaltsverpflichtung werden lässt (s. dazu etwa OLG Zweibrücken FamRZ 1988, 623 f. und *Erman/Hohloch*, Art. 18 EGBGB Rn 25, 26, beide im Zusammenhang kollisionsrechtlicher Einordnung).

37 S. oben bei und in Fn 35.

38 S. schon oben bei Fn 25.

Abs. 1 BGB treten, wenn und soweit das Umgangsrecht der §§ 1684, 1685 BGB „sonstiges Recht“ ist. Die theoretisch mögliche und vorhandene Anspruchskonkurrenz wirkt sich in den beiden Fallgruppen indes praktisch nicht mehr aus. Für Verjährung und Beweislastverteilung lassen sich mit einer deliktsrechtlichen Begründung des Ersatzanspruchs heute dem Geschädigten günstigere Ergebnisse nicht mehr bewirken, der Haftungsmaßstab ändert sich auch nicht, die Anspruchskonkurrenz wirkt sich nicht einmal mehr hinsichtlich der Ersatzfähigkeit von aus der Verletzung des Umgangsrechts folgenden Schäden aus. Die Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB geht nicht weiter als die Haftung aus der Verletzung der Sonderverbindung, nicht einmal mehr dann, wenn an eine Haftung für immaterielle Schäden gedacht wird. § 253 Abs. 2 BGB heutiger Fassung setzt insofern nicht mehr die Deliktshaftung voraus, das Thema ist aber auch deshalb nicht weiter zu verfolgen, weil Verletzung eines Umgangsrechts kein i.S.v. § 253 BGB zur Schmerzensgeldzahlung verpflichtender Tatbestand ist. Deutlich wird so, dass die Einordnung als „sonstiges Recht“, wie sie in Rechtsprechung und Literatur zum Teil aus Gründen des einfachen Zugriffs vorkommt,<sup>39</sup> in den praktisch im Vordergrund stehenden Fällen ohne eigentliche Erheblichkeit ist. Praktisch erheblich ist sie hingegen dort, wo Umgangsrechtsinhaber und Schädiger durch Sonderverbindung nicht verbunden sind; diese Fälle sind auch zahlenmäßig weniger bedeutsam, können aber doch vorkommen: Außenstehende Dritte wie auch Personen, die im Lager des „Anspruchsgegners“ stehen, ohne zu seinen Erfüllungshelfern oder Repräsentanten i.S.v. § 278 BGB zu gehören (z.B. der neue Ehepartner des Sorgerechtigten, ein sonstiger Angehöriger, ein beliebiger Dritter), können die Ausübung einer Umgangsregelung mit Schadensfolgen verhindern oder beeinträchtigen. Sie selbst sind über die Konstruktion der rechtlichen Sonderverbindung nicht auf Ersatz zu belangen. Soweit § 278 BGB nicht in Betracht kommt, scheitert dann auch der Zugriff auf den „Anspruchsgegner“. Eine Sonderverbindung ergibt sich auch nicht i.S.v. § 311 Abs. 3 BGB, es sei denn, man könnte die hierfür nötige Interessenwahrnehmung bejahen.<sup>40</sup> Sie auf Schadenersatz heranzuziehen, bedarf der Bejahung und Einordnung des Umgangsrechts als „sonstiges Recht“. Da diese hier bejaht worden ist, kann hier jedenfalls im Grundsatz durch die Heranziehung von § 823 Abs. 1 geholfen werden. Dass in anderen Fällen die Begründung aus § 823 Abs. 1 BGB nicht eigentlich falsch ist, solange das deutsche Recht von konkurrierender Anwendbarkeit von Deliktsrecht und Sonderverbindungsrecht und nicht von einem Prinzip des „non-cumul“ mit Nachrang des Deliktsrechts ausgeht, sei nochmals angemerkt.

### c) Fragen zum Inhalt und Umfang des Schadenersatzes

Es bleibt so noch die Überlegung, welche Schäden bei Verletzung/Beeinträchtigung des Umgangsrechts ersatzfähig sind. Auszuschließen sind zunächst Ersatzleistungen in Geld für Nichtvermögensschäden aus Verletzung des Umgangsrechts. Letzteres gehört ebenso wenig wie das Sorgerecht in den Kreis der von § 253 BGB geschützten Rechte, so dass „Schmerzensgeld“ nicht in Betracht kommt, soweit nicht gleichzeitig das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt ist.<sup>41</sup> Die rechtspolitische Frage der Richtigkeit dieses Ausschlusses kann hier nicht beantwortet werden. Nach §§ 249 ff. BGB, die bei einer Pflichtverletzung i.S.v. § 280 berufen werden, unterliegt die Antwort auf die Frage nach dem Inhalt und Umfang der Ersatzleistungen grundsätzlich den allgemeinen Schadensregeln. An dieser Vorgabe ist die Beantwortung nach der Ersatzfähigkeit von Vermögensminderungen zu orientieren. Vor diesem Hintergrund sind die einzelnen Fallgruppen zu betrachten.

#### aa) „Kosten“ des Umgangsrechts

Keine schwierige Frage ist deshalb, ob Kosten, die der Umgangsberechtigte zur Wahrnehmung des ihm zustehenden Umgangsrechts aufwendet, ersatzfähig sind. Die Frage ist zu bejahen und ist so in der Rechtsprechung bislang grundsätzlich richtig bejaht worden.<sup>42</sup> Die Situation ist anders als bei der Wahrnehmung der Personensorge für z.B. ein krankes Kind. In diesem Fall können die Kosten der Wahrnehmung der Personensorge ggf. als notwendige Voraussetzungen der Gesundheit und damit als Teil des Ersatzanspruchs des Kindes verbucht werden, beim Umgangsrecht ist das nicht möglich, da das korrespondierende Kindesrecht fehlt.<sup>43</sup>

#### bb) Kosten zur Durchsetzung des Umgangsrechts

Ob Kosten zur Durchsetzung des Umgangsrechts ersatzfähig sind (z.B. Detektivkosten zur Ermittlung des Aufenthaltes), beantwortet sich wie bei der Personensorge selbst. Die Frage ist hier nicht die Ersatzfähigkeit selbst, sondern die „Angemessenheit“, die über die Schadensminderungspflicht abzuwägen ist.

#### cc) Aufwendungen zur Ausgestaltung des Umgangsrechts

Schlagen wegen Vorenthaltung des Kindes Aufwendungen fehl, die zur Ausgestaltung des Umgangsrechts vorgenommen worden sind, gilt im Grundsatz deren Ersatzfähigkeit. Das Umgangsrecht hat im Grundsatz diesen Vermögensbezug, wenn die Lebenswirklichkeit beachtet wird. Also gilt insofern im Grundsatz Ersatzfähigkeit.<sup>44</sup> *Allerdings:* Gerade hier ist die Situation zu betrachten. Schadensminderungspflicht ebenso wie Nichtersatzfähigkeit unangemessener, insbes. im Eigeninteresse eingeplanter Kosten müssen hier zur Begrenzung herangezogen werden.

#### dd) Grenzen der Ersatzfähigkeit

Die unter aa) bis cc) in Kürze dargelegten Grundregeln der möglichen Schadenersatzfolgen zeigen, dass die derzeitige Praxis zu Ergebnissen gelangt, die aus der Sicht des Schadensausgleichsrechts nicht aus dem Rahmen fallen, sondern typische Ergebnisse des Schadensausgleichs sind. Für die Grenzen der ersatzfähigen Schäden lassen sich die im Schadensrecht geltenden oder geläufigen Regelungen weiterhin auch heranziehen. Die Fallgruppen aa) bis cc) tragen, soweit es um Schadensausgleich geht, den für die §§ 1684, 1685 BGB geltenden Ausgangspunkten Rechnung, dass die Kosten des Umgangs (Fahrt- und Flugkosten, Verpflegungskosten, Aufenthalts- und Übernachtungskosten) dem Umgangsberechtigten zur Last fallen,<sup>45</sup> dass er vor den Folgen fehlender Dispositionen geschützt werden muss<sup>46</sup> und

39 Vgl. oben Fn 4.

40 Kaum denkbar auch für den neuen Ehegatten; es fehlt, wenn nicht schon an der „Sachwalterstellung“ (s. BGH NJW 1987, 2512), dann doch an der durch ihn zu schaffenden „Sonderverbindung“ i.S.v. § 311 Abs. 3 S. 1 mit Abs. 2 BGB.

41 Nicht nahe liegend, aber auch nicht undenkbar, s. zum Wirken des Persönlichkeitsrechts in der Privatsphäre und im spezifischen Umgang der Eltern mit ihren Kindern BVerfG NJW 2000, 1021, 1026.

42 S. BGH NJW 1995, 717; OLG Hamm FamRZ 1995, 1432; im Ansatz auch AG Essen NJW 2003, 2247.

43 S. zum Personensorgerecht BGH NJW 1985, 2757; NJW 1989, 766; NJW 1991, 2341; s. aber für die Berücksichtigung des Umgangsrechts im Rahmen von § 843 Abs. 2 OLG Bremen FamRZ 2001, 1300.

44 Richtig demgemäß im Ansatz BGH v. 19.6.2002 (oben Fn 5); *Weyhardt*, FamRZ 2003, 927; im Ergebnis auch AG Essen (oben Fn 3), das die Begründung über das sonstige Recht freilich nicht benötigt hätte, wenn es die Umgangsregelung als Sonderverbindung bewertet hätte.

45 S. die Nachweise oben Fn 42; zur Möglichkeit der Sozialhilfe für den Umgangsberechtigten BVerfG NJW 1996, 1838 und für das Kind OVG Münster NJW 2003, 2257 (dagegen VG Schleswig NJW 2003, 79); die letztere Untergruppe bringt schadensrechtlich keine Besonderheiten; der Anspruch steht dann im Wege des Anspruchsübergangs dem Sozialhilfeträger zu.

46 S. oben Fn 44 und *Henrich*, JZ 2003, 49.

dass auch unterhaltsrechtlich das Umgangsrecht grundsätzlich unberücksichtigt bleibt.<sup>47</sup> Diese Aspekte machen insgesamt deutlich, dass das Umgangsrecht angesichts seines in anderen Regelungen nicht aufgehenden Vermögensbezuges einen schadensfähigen und damit auch schadensausgleichsfähigen Posten für die §§ 249 ff. BGB darstellt. Demgemäß gelten aber auch die zu den §§ 249 ff. BGB gehörenden Schadens- und Aufwandsbegrenzungsregeln. Im Verhältnis zwischen den Elternteilen (§ 1684 BGB) und auch im Verhältnis zu den Bezugspersonen des § 1685 BGB können diese Regeln sogar besondere Beachtung verlangen, da auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestützte Rücksichtnahme, die in § 254 BGB wie auch in § 284 BGB ihre Einzelauswirkungen zeitigt,<sup>48</sup> im Umgangsrechtsverhältnis besondere Geltung verlangen können. Mit solcher Handhabung der die Ansprüche schaffenden und sie begrenzenden Regelung lässt sich die schadensrechtliche Grenzziehung bewältigen, insbesondere gilt dies für fehl-schlagende Dispositionen des Umgangsberechtigten. Wird insoweit der in § 284 BGB n.F. steckende Gedanke nutzbar gemacht, lassen sich auch Dispositionen abwehren, die unbillig deshalb erscheinen, weil der Umgangsberechtigte mit ihnen in erster Linie den Sorgeberechtigten „ausstechen“ will.<sup>49</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Fragen des Schadensersatzes für die Verletzung des Umgangsrechts einer umgangsberechtigten Person (i.S.v. §§ 1684, 1685) lassen sich auf der Ebene des zum Schuldrecht gehörenden Schadensersatzrechts befriedigend lösen. Wenn das Umgangsrecht subjektives Recht ist, dessen Ausübung einen notwendigen Bezug zum Vermögen des Umgangsberechtigten hat, ist die Geltendmachung von Ersatzansprüchen für Kosten und Aufwendungen in der Folge der Verletzung des Umgangsrechts legitim. Aus schuldrechtlichen Kategorien folgt auch die Abwälzung solcher Schäden. Zwischen den „Parteien“ einer Umgangsregelung gibt die Regelung den Rahmen der Sonderverbindung, deren Regeln (§ 280 BGB insbes.) die Umwälzung des Schadens bestimmen und die als Rechtsposition des Umgangsberechtigten ein – im Umgangsrecht fraglos liegendes – subjektives Recht mit Vermögensbezug genügen lassen. Dass das Umgangsrecht als kindbezogenes „Familiengrundrecht“ darüber hinaus heute „persönliches Recht“ der Person ist, die in der Sicht des heutigen Gesetzes (§§ 1684, 1685 BGB) wichtige Bezugsperson für das Kind ist, erlaubt seine Einordnung als „sonstiges Recht“ des vom Gesetz als „umgangsberechtig“ erfassten Personenkreises. Solche Einordnung rundet den Rechtsschutz des Berechtigten ab; gestützt auf das Deliktsrecht lassen sich Ansprüche auch gegen Dritte, die außerhalb einer Umgangsregelung stehen, geltend machen. Die praktische Bedeutung ist indes auf diese besonderen Fälle begrenzt, in der Hauptmasse der Fälle lassen sich Schäden und Verluste eines Umgangsberechtigten schon durch richtige Handhabung der für die „rechtliche Sonderverbindung“ geltenden Haftungsregeln regulieren.

47 BGH NJW 1995, 717; BGH FamRZ 2003, 445; auch schon BGH NJW 1984, 2826; OLG Karlsruhe FamRZ 1982, 1101; die Sonderfälle der außerordentlichen Aufenthalte bei umgangsberechtigten sind hier nicht erheblich (OLG Hamm FamRZ 1994, 529).

48 S. zur Einordnung *Erman/Hohloch*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 242 Rn 15, 41 ff.

49 S. zu den Grenzen der Anwendung der Rentabilitätsvermutung bei § 284 BGB BGHZ 71, 238; 99, 198 (zum alten Schadensrecht vor der Schuldrechtsreform) und – im Überblick – *Palandt/Heinrichs*, § 284 Rn 2 und 8.