

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 138 Cd, 242 D, 1634, 1671

Zur Wirksamkeit einer Vereinbarung der Eltern, in der der nicht
sorgeberechtigte Elternteil die Nichtausübung seines Umgangs-
rechts gegen Freistellung von seiner Unterhaltspflicht zusagt.

BGH, Urt. v. 23. Mai 1984 - IVb ZR 9/83 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 9/83

URTEIL

Verkündet am
23. Mai 1984
Ernst,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Helmut F [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED] a, K [REDACTED],

Kläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Elke H [REDACTED] gesch. F [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED],
Karlsbad 1,

Beklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Mai 1984 durch die Richter Dr. Seidl, Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn, Dr. Macke und Dr. Zysk

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 2. Zivilsenats - Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 16. Dezember 1982 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien waren miteinander verheiratet. Ihre Ehe wurde im Jahre 1970 aus beiderseitigem Verschulden geschieden. Die elterliche Gewalt über den am [REDACTED] 1969 geborenen Sohn Uwe wurde durch Beschluß vom 2. Februar 1971 auf die Beklagte übertragen; dem Kläger wurde ein Besuchsrecht eingeräumt. In den folgenden Jahren kam es wiederholt zu Auseinandersetzungen zwischen den Parteien über das Umgangsrecht des Klägers mit dem



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



- 3 -

Kind. Schließlich wurde durch Beschluß vom 18. Mai 1976 der Sohn unter Vormundschaft gestellt und das Jugendamt beim Landratsamt Karlsruhe zum Vormund bestellt. Nach Erlaß dieser Entscheidung einigten sich die Parteien im Verlauf des Beschwerdeverfahrens über die zwischen ihnen streitigen Fragen und trafen am 6. Oktober 1976 folgende - außergerichtliche - Vereinbarung:

- § 1 Frau Elke H. [REDACTED] verpflichtet sich unwiderruflich, Herrn Helmut F. [REDACTED] Unterhaltsleistungen zu ersetzen, die dieser gegenüber Uwe F. [REDACTED], geb. am [REDACTED].1969, für die Zeit ab 1. Juni 1976 erbringt.
- § 2 Herr F. [REDACTED] ist unwiderruflich damit einverstanden, daß,
- a) nunmehr die elterliche Gewalt über Uwe F. [REDACTED] ohne Einschränkung, also auch mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht, auf Frau H. [REDACTED] übertragen wird,
 - b) daß Uwe F. [REDACTED] den Mädchennamen seiner Mutter, also H. [REDACTED], erhalten soll.
- § 3 Herr F. [REDACTED] erklärt, daß er das ihm zustehende Besuchsrecht nicht ausüben wird.
- § 4 Die Vereinbarung ist gegenseitig. Verstößt eine der Parteien dagegen, so kann die andere wahlweise Erfüllung verlangen, oder die alten Rechte wieder geltend machen.
In solchem Falle verzichtet Herr F. [REDACTED] auf die Einrede der Verjährung gegenüber Ausgleichs- oder Erstattungsansprüchen von Frau H. [REDACTED] für die Zeit, in der sie Uwe F. [REDACTED] allein Unterhalt gewährt hat.
- § 5 ...

Aufgrund dieser Vereinbarung wurde die elterliche Gewalt auf die Beklagte übertragen.



Der Kläger stellte daraufhin seine Unterhaltszahlungen für den Sohn ein und sah von der weiteren Ausübung des Besuchsrechts ab.

Anfang 1981 forderte die Beklagte ihn auf, für die Zeit ab April 1981 monatlich 300 DM Unterhalt für den Sohn zu zahlen. Da der Kläger dieser Aufforderung nicht nachkam, ließ die Beklagte aus einem Urteil vom 12. März 1976 vollstrecken, durch welches der Kläger zur Zahlung monatlicher Unterhaltsbeträge von 250 DM ab 1. September 1979 für den Sohn verurteilt worden war.

Im vorliegenden Rechtsstreit macht der Kläger den Freistellungsanspruch aus § 1 der Vereinbarung vom 6. Oktober 1976 für die Zeit ab April 1981 geltend. Die Beklagte hält die Vereinbarung für sittenwidrig, da die von ihr eingegangene Freistellungsverpflichtung als Gegenleistung für den Verzicht des Klägers auf das Umgangsrecht mit dem Sohn habe dienen sollen. Eine Freistellung des Klägers sei sowohl aus damaliger wie aus heutiger Sicht wirtschaftlich nicht vertretbar.

Im übrigen habe der Kläger ihre, der Beklagten, damalige nervliche Belastung bei Abschluß der Vereinbarung ausgenutzt. Der Kläger weist demgegenüber darauf hin, daß nicht er, sondern die Beklagte seinerzeit - bereits seit 1974 - auf den Abschluß der Vereinbarung gedrängt habe.



Das Landgericht, an das der Rechtsstreit im ersten Rechtszug vom Amtsgericht verwiesen worden ist, hat die Vereinbarung der Parteien vom 6. Oktober 1976 für wirksam gehalten und der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht (mit dem in FamRZ 1983, 417 veröffentlichten Urteil) diese Entscheidung abgeändert und die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit der - zugelassenen - Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Das Berufungsgericht hat die Vereinbarung der Parteien vom 6. Oktober 1976 für unwirksam gehalten, weil ein Verzicht auf die Ausübung des Umgangsrechts, wie ihn der Kläger in § 3 der Vereinbarung erklärt habe, nach ganz herrschender Meinung nicht möglich sei. Die hierauf gerichtete Vereinbarung sei daher gemäß § 134 BGB nichtig mit der Folge, daß die in § 1 der Vereinbarung niedergelegte Freistellungsverpflichtung der Beklagten über § 139 BGB ebenfalls unwirksam sei. Denn die Freistellungsverpflichtung habe, wie sich aus der Regelung der Gegenseitigkeit in § 4 ergebe, ohne den Verzicht auf die Ausübung des Umgangsrechts keinen Bestand haben sollen. Zu demselben Ergebnis führe im übrigen auch eine Umdeutung der unbedingten Freistellungs-



verpflichtung und des unbedingten Verzichts auf die Ausübung des Umgangsrechts in eine durch Ausübung des Umgangsrechts auflösend bedingte Freistellungsverpflichtung. In diesem Fall läge eine gemäß § 138 Abs. 1 BGB unzulässige Koppelung der Freistellung mit dem Umgangsrecht vor.

Auf die Nichtigkeit der Vereinbarung könne sich die Beklagte ohne Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben und ohne Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten berufen, da mit der Nichtigkeit der Freistellungsverpflichtung den Bedürfnissen des Kindes, und nicht dem Interesse der Beklagten Rechnung getragen werde.

2. Hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

a) Allerdings ist der Hauptbegründung des angefochtenen Urteils nicht ohne Einschränkung zu folgen. Es sind vielmehr Fälle denkbar, in denen die Zusage eines Elternteils, sein Recht zum Umgang mit einem ehelichen Kind für eine gewisse Zeitdauer nicht auszuüben, jedenfalls unter besonderen tatsächlichen Umständen rechtliche Auswirkungen haben kann.

Das Umgangsrecht (früher Verkehrsrecht) der Eltern mit ihren Kindern erwächst aus dem natürlichen Elternrecht und der damit verbundenen Elternverantwortung und es besteht daher als absolutes subjektives Recht (vgl. Soergel/Lange aaO § 1634



Rdn. 5; Rolland 1. EheRG 2. Aufl. § 1634 Rdn. 1) auch nach der Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil grundsätzlich bei dem anderen - nicht sorgeberechtigten - Elternteil fort (BVerfG Beschluß vom 31. Mai 1982 - 1 BvL 11/80 = FamRZ 1983, 873; BGH Beschluß vom 13. Dezember 1968 - IVb ZB 1035/68 = BGHZ 51, 219, 221). Es hat in erster Linie das Recht zur persönlichen Begegnung mit dem Kind - in der Regel in der Form von Besuchen - zum Inhalt; ergänzend kommen auch andere Kommunikationsmittel wie etwa Briefwechsel und Telefongespräche in Betracht (vgl. Rolland aaO § 1634 Rdn. 2; Soergel/Lange aaO § 1634 Rdn. 12 und 13 und Nachträge Rdn. 12). Das Umgangsrecht dient dem Zweck, dem nicht sorgeberechtigten Elternteil die Möglichkeit zu geben, sich von dem körperlichen und geistigen Befinden, dem Wohlergehen und der Entwicklung des Kindes zu überzeugen, den laufenden Kontakt zu dem Kind zu pflegen und einer gegenseitigen Entfremdung vorzubeugen (vgl. BGHZ 51, 219, 222; Rolland aaO; Soergel/Lange aaO § 1634 Rdn. 11). Dies entspricht der Wahrung des grundrechtlich geschützten Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sowie des Kindesinteresses an einer Aufrechterhaltung seiner Bindung zu beiden Eltern (vgl. BVerfG FamRZ 1983, 872, 873; BGH Beschluß vom 24. Oktober 1979 - IV ZB 168/78 = FamRZ 1980, 131, 132) und erscheint im übrigen auch deshalb geboten, weil der nicht sorgeberechtigte Elternteil unter Umständen später seinerseits zur Übernahme der elterlichen Sorge verpflichtet sein kann, sei es daß der andere Elternteil stirbt oder daß er aus anderen Gründen an einer weiteren Aus-

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



übung der elterlichen Sorge gehindert ist. In einem solchen Fall wird ein in der Vergangenheit wahrgenommenes Umgangsrecht die Umstellung des Kindes auf die veränderten Verhältnisse in der Regel erleichtern (BVerfG aaO S. 873, 874).

Als Bestandteil des natürlichen Elternrechts ist das Umgangsrecht als solches unverzichtbar. Eine Verzichtserklärung des nicht sorgeberechtigten Elternteils auf sein Umgangsrecht ist daher unzulässig und rechtlich nicht verbindlich (Erman/Ronke BGB 7. Aufl. § 1634 Rdn. 5; Soergel/Lange § 1634 Rdn. 5; Gernhuber Familienrecht 3. Aufl. § 53 III 4; Göppinger, Vereinbarungen Rdn. 632; Staudinger/Schwörer BGB 10./11. Aufl. § 1634 Rdn. 5; Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts Rdn. 224 Fußn. 3; RG JW 1925, 2115).

Für den umgangsberechtigten Elternteil besteht jedoch andererseits keine Pflicht, das Umgangsrecht auszuüben (Erman/Ronke aaO § 1634 Rdn. 5; Göppinger, Vereinbarungen Rdn. 632; Soergel/Lange aaO § 1634 Rdn. 5). Er kann vielmehr von einer Geltendmachung seines Umgangsrechts absehen, wobei dies im Einzelfall durchaus dem Wohl des Kindes dienlich oder dazu sogar erforderlich sein kann (vgl. § 1634 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es nicht grundsätzlich - ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles - unzulässig, sich zur Nichtausübung des Umgangsrechts zwar nicht unbefristet



ohne Rücksicht auf die künftige Entwicklung, aber doch für eine gewisse Zeit, jedenfalls dann zu verpflichten, wenn dies dem Kindeswohl entspricht (vgl. dazu Göppinger, Vereinbarungen Rdn. 632; Schwab aaO Rdn. 224 Fußn. 3; OLG Hamm FamRZ 1980, 724).

Bei dieser Ausgangslage kann auch einer unbefristeten Zusage, das Umgangsrecht nicht auszuüben, nicht von vornherein jede Rechtswirkung abgesprochen werden. Auch soweit daraus für die Zukunft keine Bindung des umgangsberechtigten Elternteils abzuleiten ist, könnte es unter besonderen Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sich der sorgeberechtigte Elternteil auf die Unwirksamkeit der Zusage berufen und daraus Rechte herleiten würde. Ein solcher Fall käme hier in Betracht, weil die Zusage nach dem nicht bestrittenen Vorbringen des Klägers auf Drängen der Beklagten zustande gekommen ist und sich der Kläger weiterhin daran hält, ohne daß Umständen festgestellt sind, wonach dies dem Wohl des Kindes widerspräche.

b) Die Bereitschaft des umgangsberechtigten Elternteils, von der Ausübung seines Besuchsrechts abzusehen, ist jedoch rechtlich unbeachtlich, wenn sie in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise mit einer Unterhalts-Freistellungsverpflichtung des anderen Elternteils gekoppelt wird, also in Fällen, in denen ein Kind nach einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern über die Regelung des Sorgerechts "zum Gegenstand eines Handels"



- 10 -

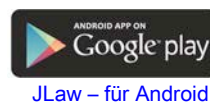
gemacht (Göppinger, Unterhaltsrecht 4. Aufl. Rdn. 1651), oder bei Vereinbarungen, durch die das Sorgerecht über ein Kind als "Tauschobjekt" für die Freistellung von Unterhaltspflichten benutzt wird (Soergel/Lange aaO § 1671 Rdn. 18; vgl. auch § 1614 Rdn. 3, sowie Palandt/Diederichsen aaO § 1614 Anm. 1 unter Bezugnahme auf das vorliegende Berufungsurteil; AG Spandau DAVorm. 1977, 511).

Eine solche Vereinbarung, bei der die zugesagte Unterhaltsfreistellung einen ständigen Anreiz bieten kann, ohne Rücksicht auf das Wohl des Kindes aus finanziellen Gründen von der Ausübung des Umgangsrechts abzusehen, ist als unzulässige "Kommerzialisierung" des elterlichen Umgangsrechts (vgl. Palandt/Diederichsen aaO § 138 Anm. 5 k) regelmäßig als sittenwidrig und damit nichtig gemäß § 138 Abs. 1 BGB anzusehen. Davon, daß eine in diesem Sinn unzulässige Koppelung zwischen einer Regelung über das elterliche Sorge- oder Umgangsrecht und einer Unterhaltsfreistellungsverpflichtung vorliegt, ist in der Regel auszugehen, wenn die beiderseitigen Verpflichtungen als gegenseitige, in ihrer Wirksamkeit voneinander abhängige Vereinbarungen getroffen worden sind.

Daß dies bei der Vereinbarung der Parteien vom 6. Oktober 1976 der Fall war, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen. Es hat dem Gesamtzusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils - unter Einbeziehung der Ge-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 11 -

genseitigkeitsklausel in § 4 der Vereinbarung - entnommen, die Beklagte habe die Freistellungserklärung in § 1 der Vereinbarung als Gegenleistung dafür abgegeben, daß sich der Kläger - neben den in § 2 eingegangenen Verpflichtungen - bereit erklärte, sein Recht zum Umgang mit seinem Sohn nicht mehr auszuüben. Diese Auslegung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Daß der Kläger hierzu durch besonders schwerwiegende Umstände, etwa im Verhalten der Beklagten während der jahrelangen Auseinandersetzungen über die Ausübung des Besuchsrechts, veranlaßt worden wäre, die der Vereinbarung - für den Einzelfall - den Charakter der Sittenwidrigkeit nehmen könnten (vgl. dazu OLG Hamm FamRZ 1980, 724), ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden. Auch die Revision erhebt insoweit keine Angriffe.

Soweit die Revision geltend macht, die Vereinbarung vom 6. Oktober 1976 sei auf den ausdrücklichen Wunsch der Beklagten und mit Hilfe des seinerzeit in dem Sorgerechtsverfahren zuständigen Vormundschaftsrichters geschlossen worden, wird die inhaltliche Wertung der Vereinbarung hierdurch nicht berührt. Dies ist, wie das Berufungsgericht mit der Hilfsbegründung des angefochtenen Urteils im Ergebnis zutreffend entschieden hat, wegen einer gegen die guten Sitten verstoßenden Koppelung der von der Beklagten erklärten Freistellungsverpflichtung mit der



- 12 -

Zusage des Klägers, sein Umgangsrecht mit dem Sohn Uwe in Zukunft nicht auszuüben, nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Der Berufung der Beklagten auf die Nichtigkeit der Vereinbarung unter diesem Gesichtspunkt stehen für die Zeit, von der ab der Kläger auf Unterhalt in Anspruch genommen worden ist, keine Bedenken aus § 242 BGB entgegen. Das auf § 1 der Vereinbarung gestützte Freistellungsbegehren des Klägers hat daher keinen Erfolg.

Seidl

Blumenröhr

Krohn

Macke

Zysk



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)