



Sachstand

Trennungskinder Zivil- und strafrechtliche Einzelfragen

Trennungskinder

Zivil- und strafrechtliche Einzelfragen

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 048/21
Abschluss der Arbeit: 18. Mai 2021
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Gibt es einen „automatisierten Prozess“, in dem der Kindsvater in nichtehelichen Verbindungen das Sorgerecht erlangt? Wie ist die Rechtslage, wenn die Mutter dieses verweigert?	4
2.	Welche Auswirkungen hat eine Kindesentziehung durch den getrennt lebenden Mitsorgeberechtigten auf sein Sorgerecht?	4
3.	Kann ein Gerichtsvollzieher den richterlichen Beschluss zur Herausgabe des Kindes auch vollstrecken, wenn sich das Kind in einer Schutz Einrichtung – etwa in einem „Frauenhaus“ – befindet?	6
3.1.	Begriff der Wohnung	6
3.2.	Wirkung des Beschlusses	7
3.3.	Anwendung unmittelbaren Zwangs	7
4.	Weshalb besteht bei § 235 Absatz 1 Nr. 1 StGB keine Versuchsstrafbarkeit?	8
5.	Besteht durch den getrennt lebenden Elternteil eine Unterhaltspflicht im Falle einer Kindesentziehung? Kann der geleistete Unterhalt im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung zurückgefordert werden?	9
5.1.	Nachehelicher Unterhalt und Trennungsunterhalt	9
5.2.	Kindesunterhalt	11
5.3.	Rückforderung	12
6.	Können Reisekosten, die für die Wahrnehmung des Umgangsrechts mit dem Kind anfallen, Auswirkungen auf die Unterhaltshöhe haben?	13

1. **Gibt es einen „automatisierten Prozess“, in dem der Kindsvater in nichtehelichen Verbindungen das Sorgerecht erlangt? Wie ist die Rechtslage, wenn die Mutter dieses verweigert?**

Gemäß § 1626 Absatz 1 Satz 1 BGB¹ haben die Eltern die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Bei nicht miteinander verheirateten Eltern erwirbt der Vater **nicht unmittelbar kraft Gesetzes** das Sorgerecht am gemeinsamen Kind. Vielmehr steht Eltern, die bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind, die elterliche Sorge gemäß § 1626a BGB dann gemeinsam zu,

- wenn sie **erklären**, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen),
- wenn sie einander **heiraten** oder
- soweit ihnen das **Familiengericht** die elterliche Sorge gemeinsam **überträgt**.

Ist die Mutter nicht bereit, eine entsprechende Sorgeerklärung abzugeben, kann der Vater beim Familiengericht einen **Antrag** auf Übertragung der elterlichen Sorge auf beide Elternteile gemeinsam oder auf sich allein stellen.

Gemäß § 1626a Absatz 2 Satz 1 BGB überträgt das Familiengericht die elterliche Sorge **in der Regel** den beiden unverheirateten Eltern gemeinsam, nämlich wenn die Übertragung dem **Kindeswohl** nicht widerspricht.

Dass ein solcher Widerspruch nicht vorliegt, wird **gesetzlich vermutet**, soweit der andere Elternteil keine Gründe vorträgt, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können und solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich sind (§ 1626a Absatz 2 Satz 2 BGB).

Liegt kein Fall der gemeinsamen elterlichen Sorge oder einer Zuweisung der alleinigen elterlichen Sorge an den Vater vor, hat die **Mutter** die elterliche Sorge allein (§ 1626a Absatz 3 BGB).

2. **Welche Auswirkungen hat eine Kindesentziehung durch den getrennt lebenden Mitsorgeberechtigten auf sein Sorgerecht?**

Das einmal erworbene (Mit-)Sorgerecht eines getrennt lebenden Elternteils wird durch ein bestimmtes, namentlich kriminelles Verhalten oder eine entsprechende strafgerichtliche Verurteilung **nicht unmittelbar tangiert**. Auch steht es **nicht in der Dispositionsbefugnis der Eltern**, das gemeinsame Sorgerecht einvernehmlich in ein alleiniges Sorgerecht eines Elternteils **umzuwandeln**.² Das gemeinsame Sorgerecht besteht mithin auch im Falle einer durch einen Elternteil begangenen Kindesentziehung grundsätzlich fort.

1 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 30. März 2021 (BGBl. I S. 607) geändert worden ist.

2 Coester, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2020, Stand: 16.02.2021, § 1626a Rn. 34, 63.

Dem anderen mitsorgeberechtigten Elternteil steht allerdings gesetzlich die Möglichkeit offen, gemäß § 1671 Absatz 1 BGB die **Übertragung der Alleinsorge** aus Kindeswohlgründen **gerichtlich** zu beantragen:

§ 1671 Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern

(1) Leben Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, soweit

(...)

2. zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

(...)

Entsprechend dem Wortlaut von § 1671 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ist bei der Sorgerechtsentscheidung das **Kindeswohl** vorrangiger Entscheidungsmaßstab, die Elternrechte hingegen sind nur von nachrangiger Bedeutung.³ Anders als in etwaigen Rückholverfahren nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen⁴ geht es bei der Entscheidung nach § 1671 BGB „nicht darum, widerrechtliche Kindesentführungen rückgängig zu machen, um die Durchführung des Sorgerechtsverfahrens am Ort des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalts zu ermöglichen, und auch nicht darum, dem Elternteil, dem die Kinder entzogen worden sind, zu ‚seinem Recht‘ an den Kindern zu verhelfen.“⁵ Ebenso wenig ist es „Zweck einer Sorgerechtsentscheidung, den manipulierenden oder (...) widerrechtlich entziehenden Elternteil zu maßregeln. So richtig es ist, dass der entziehende Elternteil nicht in seinem rechtswidrigen Handeln bestärkt oder gerechtfertigt werden soll, so wichtig ist es, dass die **Entscheidung nicht an einem Sanktionierungs- oder Wiedergutmachungsinteresse gegenüber dem benachteiligenden Elternteil ausgerichtet** werden darf. Eine den das Kind rechtswidrig entziehenden Elternteil sanktionierende oder sein zu missbilligendes Fehlverhalten rückgängig machende Entscheidung darf vielmehr nur dann ergehen, wenn sie auch dem **Kindeswohl** am besten entspricht (vgl. BVerfG Beschl. v. 16.11.2005 – 1 BvR 2349/05, BeckRS 2009, 33057; Beschl. v. 14.5.2007 – 1 BvR 945/07, BeckRS 2009, 33070).“⁶ Aufgrund dieses Maßstabs ist es sogar denkbar, dass nach einer eigenmächtigen Verbringung der

3 OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.04.2020 – 13 UF 162/17, Rn. 30; Vomberg, Sorgerecht, Umgangsrecht, Kindesentzug bei Trennung und Scheidung der Eltern, FPR 2011, 444, 446.

4 Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980, BGBl. 1990 II S. 206.

5 OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.04.2020 – 13 UF 162/17, Rn. 30.

6 OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.04.2020 – 13 UF 162/17, Rn. 30 (Hervorhebung vom Verfasser vorgenommen).

minderjährigen Kinder ins Ausland **dem insoweit rechtswidrig handelnden Elternteil** nachträglich **das alleinige Sorgerecht** übertragen wird.⁷

3. Kann ein Gerichtsvollzieher den richterlichen Beschluss zur Herausgabe des Kindes auch vollstrecken, wenn sich das Kind in einer Schutzeinrichtung – etwa in einem „Frauenhaus“ – befindet?

Die Vollstreckung von Entscheidungen über die **Herausgabe von Personen und die Regelung des Umgangs** ist in den §§ 88 ff. FamFG⁸ geregelt. Muss die Herausgabe eines Kindes gegen den Willen des Verpflichteten in dessen **Wohnung** bewirkt werden, ist hierzu gemäß § 91 Absatz 1 FamFG ein **richterlicher Beschluss** erforderlich – es sei denn, der Erlass des Beschlusses würde den Erfolg der Durchsuchung gefährden.

3.1. Begriff der Wohnung

Der Begriff der **Wohnung** entspricht dem der einschlägigen Regelungen der Zivilprozessordnung (§ 758a ZPO⁹) bzw. des Grundgesetzes (Artikel 13 GG¹⁰).¹¹ Er ist demgemäß **weit auszulegen** und umfasst alle **nicht allgemein zugänglichen Räumlichkeiten**, die den **häuslichen oder beruflichen Zwecken ihres Inhabers** dienen.¹² Inhaber in diesem Sinne ist **jeder berechtigte Bewohner** – ohne Rücksicht darauf, auf welchen **Rechtsverhältnissen** sein Wohnen oder Wirken in diesem Raum beruht.¹³ Außer typischen Wohnräumen können u. a. erfasst sein Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume, Büroräume und Werkstätten, Nebenräume und Zugänge.¹⁴ Hinreichend ist,

7 So geschehen etwa mit Beschluss des OLG Brandenburg v. 15.04.2020 – 13 UF 162/17 (Verbringung der gemeinsamen Kinder eines binationalen Paares aus Deutschland durch die Mutter nach Japan).

8 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 7. Mai 2021 (BGBl. I S. 850) geändert worden ist.

9 Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 4. Mai 2021 (BGBl. I S. 882) geändert worden ist.

10 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 u. 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048) geändert worden ist.

11 Dürbeck, in: Johannsen/Henrich/Althammer, Familienrecht, 7. Auflage 2020, § 91 FamFG Rn. 2.

12 Heßler, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 758a ZPO Rn. 4; Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020, Artikel 13 GG Rn. 10.

13 Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020, Artikel 13 GG Rn. 12.

14 Dürbeck, in: Johannsen/Henrich/Althammer, Familienrecht, 7. Auflage 2020, § 91 FamFG Rn. 2; Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Auflage 2021, § 758 ZPO Rn. 2.

wenn die Räumlichkeit nur **vorübergehend** zur Stätte des Aufenthalts oder Wirkens von Menschen gemacht wird.¹⁵

3.2. Wirkung des Beschlusses

Bei Vorliegen eines entsprechenden Beschlusses „sind Personen, die Mitgewahrsam an der Wohnung haben, zur Duldung der Durchsuchung verpflichtet. Das gilt entsprechend für Personen, die die Wohnung mitbewohnen, ohne Mitgewahrsam zu begründen. Ob nach § 758a Abs. 3 ZPO darüber hinaus auf einen Durchsuchungsbeschluss gegen den der **Durchsuchung widersprechenden Dritten** verzichtet kann, und ob auf der Grundlage des gegen den Verpflichteten erlassenen Beschlusses auch Räume, die dem **Dritten allein vorbehalten** sind, durchsucht werden dürfen, oder ob es darüber hinaus einer gegen den Dritten gerichteten Durchsuchungsanordnung bedarf, ist streitig. Für § 91 ist der erstgenannten Auffassung zuzustimmen. Es geht hier nicht um die Suche nach pfändbaren oder herauszugebenden Sachen, sondern nach Personen und zwar idR nach Kindern. Schon die Grundentscheidung setzt voraus, dass die Herausgabe dem Kindeswohl dient. Gegenüber diesem Zweck müssen Interessen von Dritten, in deren Räumen sich das Kind aufhält, zurücktreten. **Unbillige Härten**, die zB bei einer Erkrankung des Dritten vorliegen können, sind zu vermeiden. Vermeiden ist dabei im Sinne von Rücksichtnehmen, nicht im Sinne eines Abstandnehmens von der Vollstreckung zu verstehen.“¹⁶

Auch vom Schuldner „nicht **bewohnte Wohnräume eines Dritten** darf der Gerichtsvollzieher betreten, wenn Anhaltspunkte dafür (zB Geräusche) vorliegen, dass sich der Schuldner mit dem Kind dort aufhält (§ 87 Abs. 3 S. 2); willigt der Dritte nicht ein, ist ein Durchsuchungsbeschluss nach § 91 Abs. 1 S. 2 (Art. 13 Abs. 2 GG) entbehrlich. Bringt der Vater als Verpflichteter angesichts des anrückenden Gerichtsvollziehers das Kind schnell in die Nachbarwohnung, dann soll der Gerichtsvollzieher die Nachbarin darauf aufmerksam machen, dass sie möglicherweise Beihilfe zu einer Vollstreckungsverletzung (§ 288 StGB) begeht, wenn sie in Kenntnis der Umstände das Kind verbirgt.“¹⁷

3.3. Anwendung unmittelbaren Zwangs

Gemäß § 90 Absatz 1 FamFG kann das Gericht durch ausdrücklichen Beschluss zur Vollstreckung **unmittelbaren Zwang** anordnen, wenn die **allgemeinen Voraussetzungen für die Anordnung von Ordnungsmitteln** nach § 89 FamFG gegeben sind und

- die Festsetzung von Ordnungsmitteln erfolglos geblieben ist,
- die Festsetzung von Ordnungsmitteln keinen Erfolg verspricht oder

15 Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020, Artikel 13 GG Rn. 10.

16 Giers, in: Keidel, FamFG - Familienverfahren, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 20. Auflage 2020, § 91 FamFG Rn. 6.

17 Zimmermann, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Auflage 2018, § 91 FamFG Rn. 23. Vgl. auch Giers, in: Keidel, FamFG - Familienverfahren, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 20. Auflage 2020, § 91 FamFG Rn. 7.

- eine alsbaldige Vollstreckung der Entscheidung unbedingt geboten ist.¹⁸

Einschränkungen sieht § 90 Absatz 2 FamFG allerdings für die Anwendung unmittelbaren Zwangs **gegen Kinder** vor:

„Anwendung unmittelbaren Zwanges gegen ein Kind darf **nicht zugelassen** werden, wenn das Kind herausgegeben werden soll, **um das Umgangsrecht auszuüben**. Im Übrigen darf unmittelbarer Zwang gegen ein Kind nur zugelassen werden, wenn dies unter Berücksichtigung des **Kindeswohls** gerechtfertigt ist und eine **Durchsetzung der Verpflichtung mit milderer Mitteln nicht möglich** ist.“

Die Gewaltanwendung gegen den Herausgabepflichtigen bleibt, davon unberührt, zulässig.¹⁹

Unter Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen dürfte damit im **Ergebnis** grundsätzlich und abhängig von den Umständen im Einzelfall ein richterlicher Beschluss auf Herausgabe eines Kindes auch dann vollstreckt werden können, wenn sich das Kind mit seiner Mutter in einem Frauenhaus befindet.

4. Weshalb besteht bei § 235 Absatz 1 Nr. 1 StGB²⁰ keine Versuchsstrafbarkeit?

Gemäß § 235 Absatz 1 Nr. 1 StGB wird wegen **Entziehung Minderjähriger** mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine Person unter achtzehn Jahren mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List den Eltern, ein em Elternteil, dem Vormund oder dem Pfleger entzieht oder vorenthält.

Eine Versuchsstrafbarkeit ist insofern im Gesetz – im Unterschied zu anderen Tatvarianten der Kindesentziehung²¹ – nicht vorgesehen (§§ 23 Absatz 1, 12 Absatz 2 StGB). Ausweislich der **Gesetzesbegründung** ist dies bewusst erfolgt, um der **Gefahr** entgegenzuwirken, dass **familieninterne Konflikte verstärkt mit strafrechtlichen Mitteln ausgetragen** und häufiger vom Scheidungs- und Sorgerechtsverfahren auf das Strafverfahren verlagert werden.²² Wörtlich lautet die einschlägige Regierungsentwurfsbegründung, die sich der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Gesetzes zu eigen gemacht²³ hat:

18 Sieghörtner, in: BeckOK FamFG, Hahne/Schlögel/Schlünder, 38. Edition, Stand: 01.04.2021, § 90 FamFG Rn. 1, 3.

19 Sieghörtner, in: BeckOK FamFG, Hahne/Schlögel/Schlünder, 38. Edition, Stand: 01.04.2021, § 90 FamFG Rn. 5.

20 Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. März 2021 (BGBl. I S. 441) geändert worden ist.

21 Vgl. § 235 Absatz 3 StGB.

22 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG), BT-Drs. 13/8587 vom 25.09.1997, S. 25.

23 Vgl. den einschlägigen Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/9064 vom 13.11.1997, S. 8.

„Der vorliegende Entwurf geht davon aus, daß die meisten der zur Anzeige gebrachten Fälle einer Kindesentziehung auf Streitigkeiten geschiedener oder getrennt lebender Eltern um das gemeinsame Kind zurückzuführen sind. Bei einer Erweiterung des Tatbestandes – etwa (...) durch Strafbarkeit des Versuchs – würden derartige Auseinandersetzungen in größerem Umfang als bisher von der Strafvorschrift erfaßt. Es bestünde dann die **Gefahr, daß familieninterne Konflikte verstärkt mit strafrechtlichen Mitteln ausgetragen und häufiger vom Scheidungs- und Sorgerechtsverfahren auf das Strafverfahren verlagert würden.**

Wegen dieser Gefahr sieht der Entwurf grundsätzlich davon ab, Änderungen des § 235 StGB vorzuschlagen, **soweit die Tat von Eltern oder anderen Angehörigen** im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB begangen wird. Eine **Ausnahme** läßt er hier nur für den Fall zu, daß ein **Kind** (d. h. eine Person unter 14 Jahren, vgl. §§ 19, 176 Abs. 1 StGB) in das **Ausland** verbracht oder von dort nicht zurückgeführt wird (§ 235 Abs. 2 StGB-E); nach § 235 Abs. 3 StGB-E soll bei einer Entführung in das Ausland **auch der Versuch** strafbar sein.

Wird die Tat dagegen **nicht von Angehörigen** im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB, sondern von außenstehenden Dritten begangen und bezieht sie sich auf ein Kind, soll § 235 StGB **erheblich verschärft** werden. Insoweit sieht der Entwurf vor, (...) den Versuch unter Strafe zu stellen (§ 235 Abs. 3 StGB-E).“²⁴

5. Besteht durch den getrennt lebenden Elternteil eine Unterhaltspflicht im Falle einer Kindesentziehung? Kann der geleistete Unterhalt im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung zurückgefordert werden?

5.1. Nachehelicher Unterhalt und Trennungsunterhalt

Hinsichtlich des **nachehelichen Unterhalts** für den geschiedenen Ehegatten eröffnet § 1579 BGB unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, den Unterhalt wegen **grober Unbilligkeit zu beschränken oder zu versagen**²⁵:

§ 1579 Beschränkung oder Versagung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit

Ein Unterhaltsanspruch ist zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes grob unbillig wäre, weil (...)

3. der Berechtigte sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Verpflichteten oder einen nahen Angehörigen des Verpflichteten schuldig gemacht hat, (...)

7. dem Berechtigten ein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihm liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten zur Last fällt oder

24 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG), BT-Drs. 13/8587 vom 25.09.1997, S. 25 (Hervorhebung vom Verfasser vorgenommen).

25 Gemäß § 1361 Absatz 3 BGB findet 1579 Nr. 2 bis 8 BGB auch auf den Trennungsunterhalt Anwendung.

8. ein anderer Grund vorliegt, der ebenso schwer wiegt wie die in den Nummern 1 bis 7 aufgeführten Gründe.

Zu § 1579 Nr. 3 BGB wird in der Literatur ausgeführt, dass Handlungen, die **typischerweise mit einer krisenbehafteten Ehe und deren Trennung bzw. Scheidung verbunden** sind – insbesondere Beleidigungen und Ehrverletzungen –, den erforderlichen **Schweregrad in der Regel nicht erreichen**.²⁶ Ob ein Vergehen „schwer“ sei, obliege **tatrichterlicher Würdigung**.²⁷ Als mögliche Straftaten im Sinne von § 1579 Nr. 3 BGB werden genannt: Mord, Totschlag, Körperverletzung, Verleumdung, Nötigung, Diebstahl, Unterschlagung sowie Prozessbetrug.²⁸ Der Straftatbestand der Kindesentziehung (§ 235 StGB) wird in diesem Zusammenhang nicht genannt. Auch Rechtsprechung findet sich hierzu nicht. Grundsätzlich erscheint vor diesem Hintergrund zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, dass es sich bei einem Vergehen nach § 235 StGB um ein solches im Sinne von § 1579 Nr. 3 BGB handeln kann – zumal § 235 StGB insbesondere auch sowohl dem Schutz der entzogenen Person als auch dem Schutz des lediglich umgangsberechtigten Elternteils dient und auch zwischen Eltern begangen werden kann.²⁹ Andererseits erscheint auch denkbar, dass § 235 StGB im konkreten Einzelfall von der Rechtsprechung als Delikt eingeordnet werden könnte, das durch Handlungen begangen wird, die typischerweise „mit einer krisenbehafteten Ehe und deren Trennung bzw. Scheidung verbunden“ sein können – und dass mithin insofern der für § 1539 Nr. 3 BGB erforderliche Schweregrad verneint würde. Insofern lässt sich **keine belastbare Prognose** treffen.

Ebenfalls nicht ausgeschlossen erscheint grundsätzlich, in einer Kindesentziehung, durch die das Kind dem umgangsberechtigten, unterhaltsverpflichteten Elternteil vorenthalten wird, ein **schwerwiegendes Fehlverhalten gegen den Unterhaltsverpflichteten** im Sinne von § 1579 Nr. 7 BGB zu erblicken:

„Eine **fortgesetzte, massive Vereitelung des Umgangsrechts** mit den gemeinschaftlichen Kindern kann in gravierenden Fällen als schwerwiegendes Fehlverhalten angesehen werden. Es muss sich dabei aber um eine nicht nur vorübergehende, sondern nachhaltige, lang dauernde Störung handeln. Ein pauschaler Vorwurf eines vom Bedürftigen verursachten Loyalitätskonfliktes des Kindes reicht nicht aus. Problematisch ist hier insbesondere der Nachweis eines schuldhaften Verhaltens. Erforderlich ist jedenfalls ein substantiiertes Vortragen des Verpflichteten, ob und wie er selbst der ablehnenden Haltung des Kindes entgegengewirkt hat. Erfüllt

26 Verschraegen, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1579 Rn. 91.

27 Verschraegen, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1579 Rn. 93.

28 Verschraegen, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1579 Rn. 97.

29 BGH, Urteil vom 11.02.1999 - 4 StR 594–98; Eisele, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019, § 235 Rn. 11 m.w.N. So auch schon die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG), BT-Drs. 13/8587 vom 25.09.1997, S. 35, die sich der Gesetzgeber zu eigen gemacht hat (BT-Drs. 13/9064 vom 13.11.1997, S. 8).

ist der Tatbestand, wenn der betreuende Elternteil das Kind vollständig abschottet und jegliche Versuche einer Umgangsanhahnung vereitelt. Bei Wiederaufnahme des Umgangsrechts lebt der Unterhaltsanspruch wieder auf (...).“³⁰

Dem Bundesgerichtshof zufolge liegt ein schwerwiegendes Fehlverhalten in diesem Sinne in der Regel **nicht** schon deshalb vor, weil der sorgeberechtigte Elternteil **gegen den Willen des umgangsberechtigten Elternteils** mit dem ihm anvertrauten Kind **auswandert** und dadurch dem anderen Elternteil die Ausübung des Umgangsrechts erschwert.³¹ Dies gelte „jedenfalls dann, wenn die Auswanderung mit den Kindern (...) nicht in der **Absicht** erfolgt, das Umgangsrecht des anderen Elternteils **zunichte zu machen**, sondern auf anderen, verständlichen Motiven beruht. In einem solchen Falle ist von dem nicht sorgeberechtigten Unterhaltsverpflichteten regelmäßig zu verlangen, daß er an den anderen Ehegatten auch weiterhin Betreuungsunterhalt leistet, zumal damit wesentlich dem Interesse der Kinder gedient wird.“³²

Grundsätzlich lässt sich im Ergebnis konstatieren, dass die **Rechtsprechung** zu § 1579 BGB dadurch gekennzeichnet ist, dass – dem Wortlaut der Norm entsprechend – eine Anwendbarkeit **zurückhaltend gehandhabt** und nur in **außergewöhnlichen, gravierenden Fällen** bejaht wird. Stets ist eine **umfassende Billigkeitsabwägung im Einzelfall** vorzunehmen.³³ Bei der in diesem Rahmen vorzunehmenden Gesamtwürdigung „sind die Interessen **beider Ehegatten** abzuwägen: der Berechtigte hat Interesse an einer nahehelichen Versorgung gemessen am Maßstab der ehelichen Lebensverhältnisse, dem Verpflichteten ist an der wirtschaftlichen Selbständigkeit des anderen gelegen. Bei dieser Abwägung ist darauf zu achten, dass die **Kindesbelange vorrangig zu wahren** sind. Auch die **sonstigen Umstände** des konkreten Einzelfalles fließen in die umfassende Würdigung mit ein.“³⁴ Eine Anwendung des § 1579 BGB kann aber trotz der Betreuung des gemeinschaftlichen Kindes in Betracht kommen, wenn auch ohne oder mit eingeschränktem Ehegattenunterhalt das **Wohl des Kindes** sichergestellt ist.³⁵

5.2. Kindesunterhalt

Der **Unterhaltsanspruch des Kindes** gegen den Umgangselternteil aus § 1601 BGB wird durch die o. g. Regelungen zur möglichen Einschränkung der Pflicht zur Zahlung von nahehelichem Unterhalt bzw. Trennungsunterhalt, die an ein Fehlverhalten des Obhutselternteils anknüpfen, grundsätzlich **nicht tangiert**. Zwar existiert mit § 1611 Absatz 1 BGB eine vom Sinn und Zweck her § 1579 BGB vergleichbare Regelung, die die Möglichkeit der Beschränkung oder des Wegfalls der Unterhaltsverpflichtung vorsieht, wenn der Unterhaltsberechtigte sich vorsätzlich einer

30 Siebert, in: Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 10. Auflage 2019, § 4 Rn. 1356.

31 BGH, Urteil vom 14.01.1987 - IV b ZR 65/85; Siebert, in: Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 10. Auflage 2019, § 4 Rn. 1359.

32 BGH, Urteil vom 14.01.1987 - IV b ZR 65/85.

33 Verschraegen, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1579 Rn. 14.

34 Verschraegen, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1579 Rn. 23.

35 Verschraegen, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1579 Rn. 26.

schweren Verfehlung gegen den Unterhaltspflichtigen oder einen nahen Angehörigen des Unterhaltspflichtigen schuldig gemacht hat. Allerdings findet diese potentielle Einschränkung nach § 1611 Absatz 2 BGB auf die Unterhaltspflicht von Eltern gegenüber ihren **minderjährigen Kindern** von vornherein **keine Anwendung**.

5.3. Rückforderung

Eine strafgerichtliche Verurteilung hat grundsätzlich **keine unmittelbaren Auswirkungen** auf die o. g. zivilrechtliche Rechtslage. Allerdings kommt in dem Fall, dass eine Person eine Straftat begangen hat, durch die zugleich ein Dritter vermögensrechtlich geschädigt wurde, das Geltendmachen zivilrechtlicher Ansprüche bereits im Strafprozess mittels des so genannten **Adhäsionsverfahrens** in Betracht: Gemäß § 403 StPO³⁶ kann der Verletzte oder sein Erbe „gegen den Beschuldigten einen **aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch**, der zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehört und noch nicht anderweit gerichtlich anhängig gemacht ist, im Strafverfahren geltend machen“.

Um einen **vermögensrechtlichen Anspruch** handelt es sich dann, wenn er aus einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis hergeleitet wird oder selbst eine vermögenswerte Leistung zum Gegenstand hat.³⁷ Dazu gehören vor allem auch **Schadensersatzansprüche** sowie Herausgabe- und **Bereicherungsansprüche**.³⁸ Aus der Straftat erwachsen ist der Anspruch, wenn die abgeurteilte Tat **zugleich den zivilrechtlichen Anspruchstatbestand** verwirklicht.³⁹

Die für das Adhäsionsverfahren typische Verzahnung von Straf- und Zivilrecht in Gestalt eines Schadensersatzanspruchs infolge der **Verletzung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes** (§ 823 Absatz 2 BGB) könnte in der vorliegenden Konstellation denkbar sein, insofern dem Verletzten durch die Kindesentziehung – etwa in Gestalt von erforderlich gewordenen **Mehraufwendungen** – ein **Schaden** entstanden ist.⁴⁰ Insoweit kein Rechtsgrund für geleistete Unterhaltszahlungen vorlag, kommen auch Ansprüche aufgrund **ungerechtfertigter Bereicherung** (§§ 812 ff. BGB) grundsätzlich in Betracht.⁴¹ Sowohl Schadensersatz- als auch Bereicherungsansprüche unterliegen jedoch in der Summe **zahlreichen, potentiell äußerst komplexen Voraussetzungen**, die nur im **jeweiligen Einzelfall** beurteilt werden können.

36 Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 19. April 2021 (BGBl. I S. 771) geändert worden ist.

37 Zabeck, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 403 Rn. 1.

38 Zabeck, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 403 Rn. 1.

39 Zabeck, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 403 Rn. 2.

40 Vgl. hierzu Klinkhammer, in: Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 10. Auflage 2019, § 2 Rn. 271.

41 Vgl. hierzu etwa Schmitz, in: Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 10. Auflage 2019, § 10 Rn. 330.

6. Können Reisekosten, die für die Wahrnehmung des Umgangsrechts mit dem Kind anfallen, Auswirkungen auf die Unterhaltshöhe haben?

Reisekosten, die für die Wahrnehmung des Umgangsrechts mit dem Kind anfallen, werden unterhaltsrechtlich als Teil der so genannten **Umgangskosten** angesehen.⁴² Hinsichtlich dieser Umgangskosten gilt dem Grundsatz nach, dass sie **ohne Einfluss auf die Unterhaltsbemessung** demjenigen Elternteil zur Last fallen, bei dem sie entstehen.⁴³ Von diesem Grundsatz sind jedoch ausgehend von der Prämisse, dass ein Kind gemäß § 1684 Absatz 1 BGB ein Recht auf Umgang mit beiden Elternteilen hat⁴⁴, nach herrschender Meinung und ständiger Rechtsprechung **Ausnahmen** möglich, wenn andernfalls das **Umgangsrecht gefährdet** würde.

Ob und ggf. in welchem Maße eine entsprechende Ausnahme greift, kann nur im **jeweiligen Einzelfall** unter Einbeziehung sämtlicher relevanter Gesichtspunkte beurteilt werden.⁴⁵ Eine zentrale Rolle spielt hierbei aber grundsätzlich die **wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** der Beteiligten: „Vor allem bei beengten finanziellen Verhältnissen sollte durch eine angemessene unterhaltsrechtliche Berücksichtigung der im Zusammenhang mit dem Umgang entstehenden Kosten dafür Sorge getragen werden, dass es nicht zu einer wirtschaftlich bedingten Einschränkung der Umgangskontakte kommt.“⁴⁶ Insoweit kann hinsichtlich der Reisekosten vor allem dann eine ausnahmsweise Berücksichtigung bei der Festlegung der Unterhaltshöhe in Betracht kommen, wenn die Reisekosten **außergewöhnlich hoch** ausfallen. Im Grundsatz lässt sich die Rechtslage insofern wie folgt umreißen:

„Neben ... ‚normalen‘ Umgangskosten eines Barunterhaltspflichtigen gehören ferner **Mehrkosten**, die zB aufgrund einer umzugsbedingten weiten Entfernung (von mehreren hundert Kilometern) zwischen den Wohnorten der Eltern in Form von Reisekosten (Flugzeug, Bahn, Kfz), Übernachtungskosten (Hotel, Pension), Verpflegungsmehraufwand (Restaurantbesuche) und ähnlichem entstehen können, zu den Kosten des Umgangs (Liceni-Kierstein FamRB 2012, 347). Die angemessenen Umgangskosten im Interesse des Kindes müssen berücksichtigt werden, wenn und soweit sie nicht anderweitig, insbesondere aus dem dem Pflichtigen verbleibenden Kindergeldanteil, bestritten werden können. Diese Berücksichtigung kann durch eine **angemessene Minderung des unterhaltsrelevanten Einkommens** oder eine angemessene Erhöhung des Selbstbehalts des Umgangsberechtigten erfolgen (BGH FamRZ 2009, 1477; 2008, 594; 2005, 706). Dabei bedarf es einer **Billigkeitsabwägung** unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, auch hinsichtlich der Häufigkeit der Umgangskontakte (BVerfG FamRZ 2003, 1371; Liceni-Kierstein FamRB 2012, 347). Dabei ist zu erwarten, dass die Umgangskosten möglichst gering gehalten und **öffentliche Verkehrsmittel** in Anspruch genommen werden, wenn diese sich als kostengünstigere Alternative erweisen und nicht die Zeit

42 Vgl. nur B. Heiß/H. Heiß, in: Heiß/Born, Unterhaltsrecht, Werkstand: 58. EL Juli 2020, Rn. 647.

43 Weber, in: Heussen/Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 11. Auflage 2016, § 30 Rn. 162; Rake, in: Johannsen/Henrich/Althammer, Familienrecht, 7. Auflage 2020, § 1684 BGB Rn. 40.

44 Vgl. Klinkhammer, in: Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 10. Auflage 2019 Rn. 271.

45 B. Heiß/H. Heiß, in: Heiß/Born, Unterhaltsrecht, Werkstand: 58. EL Juli 2020, Rn. 647.

46 Rake, in: Johannsen/Henrich/Althammer, Familienrecht, 7. Auflage 2020, § 1684 BGB Rn. 40.

des Umgangs durch die verlängerte Fahrtzeit unverhältnismäßig verkürzt. Kosten des Umgangs können nur dann als leistungsmindernder Aufwand anerkannt werden, wenn sie so **konkret** dargelegt werden, dass jedenfalls aufgrund einer Schätzung im Sinne des § 287 Abs. 2 ZPO dieser beziffert werden kann (OLG Brandenburg FamRZ 2020, 1640). Dem Unterhaltsschuldner obliegt es, die Kosten des Umgangs so niedrig wie möglich zu halten; hierzu muss er jede kostensparende Möglichkeit nutzen. Sie können nur berücksichtigt werden, soweit sie nicht mit dem dem Unterhaltsschuldner verbleibenden Kindergeldanteil gedeckt werden können (OLG Brandenburg FamRZ 2020, 1640; Klinkhammer in Wendl/Dose UnterhaltsR § 2 Rn. 271, 273). Soweit beim Abzug angemessener Umgangskosten vom Einkommen der notwendige Eigenbedarf unterschritten wird, ist der **Selbstbehalt entsprechend anzupassen**. Kosten des Umgangs werden in erster Linie als Mehrbedarf des umgangsberechtigten Elternteils betrachtet; ihnen ist dann durch eine **Erhöhung des Selbstbehalts** oder einen **Vorwegabzug** vom Einkommen Rechnung zu tragen (vgl. KG FamRZ 2011, 1302). In diesem Zusammenhang ist allerdings die Entscheidung des BVerfG (FamRZ 2011, 1490 mAnm Borth) zu beachten, wonach der beim Barunterhalt anrechnungsfreie Teil des Kindergeldes ebenfalls **nur für den Kindesbedarf** verwendet werden darf. Nur tatsächlich anfallende und in ihrer Höhe substantiiert dargelegte Umgangskosten sind zu berücksichtigen (OLG Stuttgart FamRZ 2012, 315). Die dem barunterhaltspflichtigen Elternteil entstehenden Kosten können auch insoweit berücksichtigt werden, als der **Mindestunterhalt unterschritten** wird (OLG Braunschweig 2012, 795). Selbst bei sehr beengten wirtschaftlichen Verhältnissen dürfte jedenfalls ein **vollständiger Wegfall des Anspruchs auf Kindesunterhalt** wegen hoher zusätzlicher Umgangskosten nicht zu akzeptieren sein. Sowohl das BVerfG (FamRZ 2003, 1371) als auch der BGH (FamRZ 2009, 1477) haben lediglich eine ‚maßvolle‘ bzw. ‚angemessene‘ Berücksichtigung von Umgangskosten gefordert, nicht aber sämtlicher mit dem Umgang verbundenen (Fahrt-)Kosten. Der BGH ist dabei davon ausgegangen, dass die unterhaltsrechtlich berücksichtigungsfähigen Umgangskosten ‚in der Regel das anteilige Kindergeld nicht übersteigen dürften‘.⁴⁷ Insoweit sind jedenfalls **„Fahrtkosten**, die dem in größerer Entfernung von seinen Kindern wohnenden umgangsberechtigten anlässlich von einmal monatlich stattfindenden Umgangskosten entstehen – wenn sie weder aus Kindergeld noch aus anderen Mitteln getragen werden können – bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit auch für den Kindesunterhalt in vollem Umfang zu berücksichtigen (OLG Bremen FamRZ 2008, 1274). Allerdings sind Fahrtkosten nur in **angemessener Höhe** geltend zu machen; insbesondere ist der Unterhaltsschuldner gehalten, eine direkte Bahnverbindung sowie vorhandene Sondertarife zu nutzen (OLG Stuttgart FamRZ 2008, 1273).⁴⁸

Die Unterhaltsrechtlichen **Leitlinien** einiger **Oberlandesgerichte** greifen diese Konstellation ebenfalls zum Teil auf:

„Aufwendungen für die Ausübung des Umgangsrechts können sich, soweit sie notwendigerweise anfallen, einkommensmindernd auswirken. Nimmt der barunterhaltspflichtige Elternteil ein weit über das übliche Maß hinausgehendes Umgangsrecht wahr, können in diesem

47 B. Heiß/H. Heiß, in: Heiß/Born, Unterhaltsrecht, Werkstand: 59. EL Januar 2021, Erstes Kapitel, 3. Teil, Rn. 647.

48 B. Heiß/H. Heiß, in: Heiß/Born, Unterhaltsrecht, Werkstand: 59. EL Januar 2021, Erstes Kapitel, 3. Teil, Rn. 647a. Vgl. auch Klinkhammer, in: Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 10. Auflage 2019 Rn. 272 f.

Zusammenhang getätigte außergewöhnlich hohe Aufwendungen (vor allem Fahrt- und Unterbringungskosten) Anlass geben, den Barunterhaltsbedarf des Kindes unter Herabstufung um eine oder mehrere Einkommensgruppen der Düsseldorfer Tabelle zu bestimmen (BGH FamRZ 2014, 917).⁴⁹

* * *

49 Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate des Oberlandesgerichts Celle, Stand 1. Januar 2020, Ziff. 10.7 (abrufbar unter https://oberlandesgericht-celle.niedersachsen.de/download/150947/Unterhaltsrechtliche_Leitlinien_Stand_1._Januar_2020.pdf). Überblick über die Unterhaltsrechtlichen Leitlinien der unterschiedlichen Oberlandesgerichte bei <https://www.famrz.de/arbeitshilfen/unterhaltsleitlinien.html>. Stand der vorstehenden Online-Quellen: 18.05.2021.