



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 345/18

vom

27. März 2019

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1632 Abs. 1, 1684 Abs. 2

- a) Der personensorgeberechtigte Elternteil hat wie auch der umgangsbe-rechtigte Elternteil in entsprechender Anwendung der §§ 1632 Abs. 1, 1684 Abs. 2 BGB grundsätzlich einen Anspruch auf Herausgabe des Kinderreisepasses.
- b) Der Herausgabeanspruch besteht nur insoweit, als der berechtigte Elternteil für die Ausübung seines Rechts den Kinderreisepass benötigt.
- c) Die berechtigte Besorgnis, dass der die Herausgabe begehrende Elternteil mit Hilfe des Kinderreisepasses seine elterlichen Befugnisse überschreiten (etwa das Kind ins Ausland entführen) will, kann dem Herausgabeanspruch entgegenstehen.

BGH, Beschluss vom 27. März 2019 - XII ZB 345/18 - OLG Stuttgart  
AG Esslingen

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. März 2019 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Günter, Dr. Botur und Guhling

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der weiteren Beteiligten zu 1 wird der Beschluss des 17. Zivilsenats – Familiensenat – des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 11. Juli 2018 aufgehoben.

Die Beschwerde des weiteren Beteiligten zu 2 gegen den Beschluss des Amtsgerichts Esslingen vom 8. Dezember 2017 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren werden dem Antragsgegner auferlegt.

Wert: 3.000 €

#### Gründe:

##### A.

- 1 Die beteiligten Eltern streiten um die Herausgabe eines Kinderreisepasses.
- 2 Die Beteiligte zu 1 (im Folgenden: Mutter) und der Beteiligte zu 2 (im Folgenden: Vater) sind die Eltern ihres im Januar 2016 geborenen Kindes. Die nicht verheirateten und getrennt lebenden Eltern üben die gemeinsame elterliche Sorge aus. Das Kind hat aufgrund einer entsprechenden Elternverein-

barung seinen gewöhnlichen Aufenthalt bei seiner Mutter. Diese stammt aus Kamerun, hat in Deutschland Asyl beantragt und möchte, nachdem sie den Realschulabschluss bereits erlangt hat, hier weiter die Schule besuchen.

- 3 Die Mutter hat beantragt, dem Vater aufzugeben, den in seinem Besitz befindlichen Kinderreisepass an sie herauszugeben. Das Amtsgericht hat den Vater antragsgemäß verpflichtet. Das Oberlandesgericht hat auf die Beschwerde des Vaters die angefochtene Entscheidung abgeändert und den Antrag auf Herausgabe des Passes abgelehnt. Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts wendet sich die Mutter mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

#### B.

- 4 Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückweisung der Beschwerde.

#### I.

- 5 Das Oberlandesgericht hat die Beteiligten zunächst darauf hingewiesen, dass vor dem Hintergrund der Verwurzelung der Mutter im Inland eine Rückkehr der Mutter mit dem Kind in das Ausland nicht zu befürchten sei. Gleichwohl hat es den Antrag der Mutter auf Herausgabe des Kinderreisepasses zurückgewiesen, weil eine Rechtsgrundlage hierfür nicht existiere.

- 6 Die Vorschrift des § 1632 Abs. 1 BGB selbst begründe einen solchen Anspruch nicht. Diese Norm, die die Herausgabe "eines Kindes" regelt, könne nicht im Wege einer extensiven Auslegung auf die Herausgabe von Sachen erstreckt werden, da damit der noch mögliche Wortsinn der Norm überschritten würde.

7 Auch die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf ein Ausweisdokument für das Kind lägen nicht vor. Die zweifelsfrei bestehende Regelungslücke im Gesetz sei nicht unbeabsichtigt. Dem Gesetzgeber sei bei Erlass des FGG-Reformgesetzes bewusst gewesen, dass die aufgehobene Vorschrift des § 50 d FGG, die im Übrigen im vorliegenden Fall mangels gerichtlicher Anordnung der Herausgabe des Kindes nicht anwendbar gewesen wäre, keine materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage für eine Verpflichtung zur Herausgabe von Sachen darstelle, sondern lediglich dem Gericht eine verfahrensrechtliche Regelungsbefugnis vermittelt habe. Dennoch habe der Gesetzgeber eine entsprechende Rechtsgrundlage nicht geschaffen.

8 Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Mutter gegen den Vater ein Herausgabeanspruch aus besitzrechtlichen Gründen oder unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten zustehen könnte.

9 Da auch eine Rechtsgrundlage für einen Anspruch des Kindes gegen einen Elternteil auf Herausgabe des Kinderreisepasses nicht ersichtlich sei, komme es nicht darauf an, ob die Mutter, etwa in Ausübung ihrer Entscheidungsbefugnis in Angelegenheiten des täglichen Lebens nach § 1687 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB, einen derartigen Anspruch für das Kind geltend machen könnte.

## II.

10 Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

11 Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts folgt die Verpflichtung, den Kinderreisepass an die Mutter herauszugeben, aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 1632 Abs. 1, 1684 Abs. 2 BGB.

12           1. Allerdings ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob es einen  
solchen Herausgabeanspruch gibt bzw. auf welche Rechtsgrundlage sich die-  
ser gründet.

13           a) Nach einer Auffassung, der das Oberlandesgericht gefolgt ist, fehlt es  
bereits an einer Anspruchsgrundlage. Danach besteht eine Gesetzeslücke, die  
dringend der Schließung bedarf (Peschel-Gutzeit MDR 1984, 890, 895).

14           b) Demgegenüber hält die überwiegende Meinung eine Anspruchsgrund-  
lage für gegeben.

15           aa) Zum einen wird auf eine extensive Auslegung des § 1632 Abs. 1  
BGB abgestellt (Gottschalk ZKJ 2016, 62, 64; Erman/Döll BGB 15. Aufl. § 1632  
Rn. 15; MünchKommBGB/Huber 7. Aufl. § 1632 Rn. 23; BeckOGK/Kerscher  
BGB [Stand: 1. September 2018] § 1632 Rn. 11; zum Streitstand vgl. auch Götz  
FamRZ 2018, 519, 520 Fn. 9 und Palandt/Götz BGB 78. Aufl. § 1632 Rn. 6).

16           bb) Das OLG Frankfurt hat – allerdings ohne Nennung einer konkreten  
Vorschrift – erwogen, Verfahren über die Herausgabe von Kinderausweisen  
und Personalausweisen von Jugendlichen ausnahmsweise als Sorgerechtsver-  
fahren anzusehen, weil der Besitz solcher Ausweise zur Ausübung der elterli-  
chen Sorge erforderlich sei (ZKJ 2009, 129 f.).

17           cc) Nach anderer Auffassung regelt sich die Herausgabe der zum per-  
sönlichen Gebrauch des Kindes bestimmten Gegenstände als Annex zum Un-  
terhaltsanspruch nach §§ 1601, 1610 Abs. 2 BGB (entschieden für Impfpass  
und Untersuchungsheft – OLG Nürnberg FamRZ 2016, 563, 564 mwN; ebenso  
Bömelburg in: Prütting/Helms FamFG 4. Aufl. § 231 Rn. 6a; krit. Heinemann  
FamRB 2016, 58, 59). Es handele sich aber um keine eigentliche Unterhaltssa-  
che, sondern um eine sonstige Familiensache iSd § 266 Abs. 1 Nr. 4 FamFG.

Lebten die Eltern getrennt und befinde sich das Kind in der Obhut eines Elternteils, sei der Anspruch in gesetzlicher Verfahrensstandschaft analog § 1629 Abs. 3 BGB durch den Obhutselternteil im eigenen Namen geltend zu machen (OLG Nürnberg FamRZ 2016, 563, 564).

18            dd) Schließlich wird vertreten, dass sich ein Herausgabeanspruch aus § 1618 a iVm § 242 BGB ableite (Wohlgemuth FamRZ 2016, 1135 f.).

19            c) Der Senat hält die überwiegend vertretene Auffassung mit der Maßgabe für zutreffend, dass sich ein Herausgabeanspruch aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 1632 Abs. 1, 1684 Abs. 2 BGB ergibt.

20            aa) Ein Anspruch aus § 985 BGB der Mutter (bzw. des Kindes) scheidet bereits deshalb aus, weil sowohl der Personalausweis als auch der Reisepass im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland stehen (§ 4 Abs. 2 PAuswG und § 1 Abs. 4 Satz 1 HS. 2 PassG; vgl. auch Peschel-Gutzeit MDR 1984, 890, 894).

21            bb) Ein possessorischer Anspruch der Mutter (bzw. des Kindes) aus § 861 iVm § 858 BGB kommt nicht in Betracht, weil in den Fällen der vorliegenden Art der Umstand, dass sich ein Elternteil im Besitz des Ausweises befindet, regelmäßig nicht auf verbotener Eigenmacht beruht (MünchKommBGB/Joost 7. Aufl. § 861 Rn. 3). Deshalb scheidet auch die insoweit konkurrierenden Ansprüche aus § 823 Abs. 1 und 2 iVm § 858 BGB aus (vgl. Palandt/Herrler 78. Aufl. § 861 BGB Rn. 2).

22            cc) Ebenso wenig kann für die Herausgabeverpflichtung ein – analog anzuwendender – Unterhaltsanspruch herangezogen werden. Dass der Besitz eines Ausweises den Unterhaltsbedarf decken könnte oder dass zumindest ein vergleichbares Bedürfnis bestünde, erschließt sich auch unter Berücksichtigung

des Umstands, dass der Unterhalt des Kindes nach § 1610 Abs. 2 BGB den gesamten Lebensbedarf umfasst, nicht.

23            dd) Zu Recht hat das Oberlandesgericht auch eine direkte Anwendung von § 1632 Abs. 1 BGB abgelehnt. Diese Norm regelt allein die Herausgabe des Kindes. Zu einer Herausgabe von Sachen verhält sie sich weder in den Tatbestandsvoraussetzungen noch in der Rechtsfolge. Im Übrigen wäre bei einer extensiven Auslegung des § 1632 Abs. 1 BGB für einen solchen Herausgabeanspruch als Annex-Anspruch zur Kindesherausgabe weitere Voraussetzung, dass auch die Herausgabe des Kindes geschuldet ist. In den Fällen, in denen es – wie hier – allein um die Herausgabe eines Ausweises geht, führte mithin auch die extensive Auslegung des § 1632 Abs. 1 BGB nicht zum Erfolg (vgl. Peschel-Gutzeit MDR 1984, 890, 892).

24            ee) Die Vorschriften des § 1618 a iVm § 242 BGB regeln als Generalklausel das persönliche Verhältnis zwischen Eltern und Kind und sind damit nicht geeignet, einen Herausgabeanspruch zwischen den Eltern zu begründen.

25            ff) Ein Herausgabeanspruch ergibt sich indes in Analogie zu §§ 1632 Abs. 1, 1684 Abs. 2 BGB.

26            (1) Eine Analogie erfordert zum einen eine planwidrige Regelungslücke. Zum anderen muss die Vergleichbarkeit der zur Beurteilung stehenden Sachverhalte gegeben sein, also der entscheidungsrelevante Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar sein, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (Senatsbeschluss vom 10. Oktober 2018 - XII ZB 231/18 - FamRZ 2018, 1919 Rn. 16 mwN).

27 (2) Beide Voraussetzungen sind hier gegeben.

28 (a) Dem Gesetzgeber war zwar seit langem bewusst, dass Handlungsbedarf für die Schaffung eines entsprechenden Herausgabeanspruchs bestand (Peschel-Gutzeit MDR 1984, 890, 891 mwN; BT-Drucks. 7/2060 S. 52). Die Bundesregierung hat sich im Jahr 1974 im Gesetzgebungsverfahren zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge dahin geäußert, dass eine Herausgabe als denkbare Lösung verfahrensrechtlich zwar als Anwendungsfall einer einstweiligen Anordnung ausgestaltet und in das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommen werden könnte (BT-Drucks. 7/2060 S. 65 – was später dann in Form des § 50 d FGG bzw. im Ehescheidungsverfahren gemäß § 620 Satz 1 Nr. 8 ZPO auch geschah). Jedoch hat sie zugleich erklärt, den Herausgabeanspruch wegen seiner Ähnlichkeit zum Besitzanspruch als materiell-rechtliche Vorschrift ausgestalten zu wollen. Dieser Gedanke ist indessen im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht mehr aufgegriffen worden (vgl. dazu Peschel-Gutzeit MDR 1984, 890, 891 mwN). Ersichtlich hat sich der Gesetzgeber mit der Regelung in § 50 d FGG abgefunden und keinen weiteren Handlungsbedarf mehr gesehen. Mit dem FGG-Reformgesetz ist § 50 d FGG (bzw. § 620 Satz 1 Nr. 8 ZPO) dann jedoch aufgehoben worden. Dass damit die "Rechtsgrundlage" für die Herausgabe der zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmten Sachen entfallen und nicht in einer anderen Norm ersetzt worden ist, hat der Gesetzgeber ersichtlich übersehen. Hierzu hat er lediglich ausgeführt, dass § 95 Abs. 1 Nr. 2 FamFG nunmehr die bisher in § 50 d FGG geregelte Vollstreckung der Herausgabe der zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmten Sachen erfasse (BT-Drucks. 16/6308 S. 219; s. auch Götz FamRZ 2016, 519). Damit hat der Gesetzgeber verkannt, dass § 50 d FGG – trotz seines verfahrensrechtlichen Charakters – jedenfalls auch als (materiell-rechtliche) Anspruchsgrundlage für die Herausgabe gedient hat (vgl. OLG Frankfurt FuR 2009, 635, 636 und

OLG Köln FamRZ 2002, 404, 405). Weil § 95 Abs. 1 Nr. 2 FamFG sich indes nicht zu den persönlichen Sachen des Kindes verhält, kann die Norm diesen Anforderungen nicht mehr gerecht werden. Das hat der Gesetzgeber offensichtlich verkannt, weshalb eine planwidrige Regelungslücke zu bejahen ist.

29 (b) Daneben besteht auch eine Vergleichbarkeit der zur Beurteilung stehenden Sachverhalte. Sowohl Personensorge als auch Umgang erfordern, dass der jeweils berechtigte Elternteil in die Lage versetzt wird, die gemeinsame Zeit mit dem Kind ungestört und damit kindeswohldienlich zu verbringen. Dazu müssen dem berechtigten Elternteil all diejenigen persönlichen Gegenstände, Kleidung und Urkunden herausgegeben werden, die das Kind während seines Aufenthalts bei dem die Herausgabe begehrenden Elternteil voraussichtlich benötigt.

30 Eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich aus der Zusammenschau der §§ 1632, 1684 BGB. Wenn § 1632 Abs. 1 BGB das Recht umfasst, die Herausgabe des Kindes zu verlangen, dann muss das auch für die Gegenstände gelten, die das Kind für die Zeit nach seinem Aufenthaltswechsel benötigt. Damit wiederum korrespondiert die Wohlverhaltenspflicht der Eltern aus § 1684 Abs. 2 BGB, wonach sie alles zu unterlassen haben, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert. In erster Linie wird den Eltern damit zwar untersagt, das Kind gegenüber dem jeweils anderen Elternteil negativ zu beeinflussen (Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 6. Aufl. § 1684 Rn. 14; Fröschle Sorge und Umgang in der Rechtspraxis 2. Aufl. Rn. 1076 ff.). Erfasst wird von der Regelung aber auch alles andere, was geeignet wäre, das Zusammensein mit dem Kind zu erschweren. Deshalb fällt unter § 1684 Abs. 2 BGB auch die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass das Kind im Besitz etwa von Kleidung (KG ZKJ 2017, 234, 238), Schulsachen sowie Reisedokumenten ist (NK-BGB/Peschel-Gutzeit

3. Aufl. § 1684 Rn. 31 mwN; Fröschle Sorge und Umgang in der Rechtspraxis 2. Aufl. Rn. 1084; Palandt/Götz BGB 78. Aufl. § 1684 Rn. 6 mwN).

31 Das gilt freilich nur insoweit, als der jeweils berechtigte Elternteil für die Ausübung der Personensorge oder des Umgangsrechts tatsächlich auf die Urkunden oder Sachen, deren Herausgabe er begehrt, angewiesen ist. Das kann der Fall sein, wenn das Kind bei gemeinsamer Sorge seinen Lebensmittelpunkt – wie hier aufgrund einer Elternvereinbarung – bei einem Elternteil hat. Als Obhutselternteil i.S.v. § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB bedarf er grundsätzlich aller für das Kind wichtigen Dokumente. Aber auch der umgangsberechtigte Elternteil, der mit dem Kind beispielsweise eine (Auslands)Reise unternehmen will, bedarf namentlich des Kinderreisepasses.

32 Die berechtigte Besorgnis, dass der die Herausgabe begehrende Elternteil mit Hilfe des Kinderreisepasses seine elterlichen Befugnisse überschreiten (etwa das Kind ins Ausland entführen) will, kann dem Herausgabeanspruch allerdings im Einzelfall unter Berücksichtigung der wechselseitigen Loyalitätspflichten entgegenstehen.

33 2. Gemessen hieran kann die Entscheidung des Oberlandesgerichts keinen Bestand haben. Es hat den Antrag der Mutter allein aufgrund der unzutreffenden Annahme abgelehnt, dass hierfür eine Rechtsgrundlage fehlt.

34 Der Senat kann gemäß § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG in der Sache selbst entscheiden, weil diese zur Endentscheidung reif ist. Wie sich aus dem vom Oberlandesgericht in dem angefochtenen Beschluss in Bezug genommenen Hinweisbeschluss vom 14. Juni 2018 ergibt, wäre eine Herausgabe des Ausweisdokuments an die Mutter nach den von ihm getroffenen Feststellungen sachgerecht. Vor dem Hintergrund der Verwurzelung der Mutter im Inland sei objektiv nicht zu befürchten, dass sie sich mit dem Kind dauerhaft in das Aus-

land begeben würde. Das Oberlandesgericht sah sich – aus seiner Sicht folgerichtig – allein mangels einer Rechtsgrundlage an einer entsprechenden Entscheidung gehindert.

Dose

Schilling

Günter

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

AG Esslingen, Entscheidung vom 08.12.2017 - 6 F 881/17 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 11.07.2018 - 17 UF 14/18 -