

B e s c h l u ß

In Sachen

betreffend das Sorgerecht über das am [REDACTED] 1943 geborene Kind Gerd R [REDACTED], Sohn der geschiedenen Eheleute, Verwaltungsinspektor Martin R [REDACTED] in T [REDACTED], N [REDACTED] str. [REDACTED],

Beschwerdegegner,

und

Erziehungshelferin Elfriede B [REDACTED] geb. E [REDACTED], Z [REDACTED], G [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beschwerdeführerin,

- vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED] in [REDACTED],
[REDACTED] str. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der Sitzung vom 8. Februar 1956 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Raske, Johannsen, Scheffler und Wüstenberg

beschlossen:

Die weitere Beschwerde der Mutter vom 16. Juni 1955 gegen den Beschluß des Landgerichts in Tübingen vom 5. Oktober 1954 wird als unbegründet zurückgewiesen.

G r ü n d e :

Die Ehe der Eltern des vorgenannten Kindes ist durch Urteil des Amtsgerichts in Zittau vom 12. Juli 1950 aus alleinigem Verschulden der Beschwerdeführerin geschieden. Bei der Scheidung einigten sich die Eltern dahin, daß das Recht der Sorge für die Person der beiden aus der Ehe hervorgegangenen Kinder Peter, geb. am [REDACTED] 1940, und Gerd, geb. am [REDACTED] 1943, dem Vater zustehen solle. Das Amtsgericht in Zittau genehmigte diese Vereinbarung

durch Beschluß vom 30. August 1950. Demgemäß blieben beide Kinder in Zittau im Haushalt des Vaters, der im März 1951 wieder heiratete. Im November 1951 floh der Vater in die Bundesrepublik. Nach seiner Angabe ist er als politischer Flüchtling anerkannt. Seine zweite Ehefrau wurde nach seiner Flucht gezwungen, seine Dienstwohnung, die sie mit ihm bewohnt hatte, zu räumen. Da der Raum in der ihr nun zugewiesenen Kotwohnung für sie und die beiden Kinder nicht ausreichte, wurde Gerd in ein Kinderheim gebracht. Dort holte ihn im März 1952 seine Mutter, die sich inzwischen ebenfalls wieder verheiratet hatte, ab und nahm ihn in ihren Haushalt auf. Im Juli 1952 gelang es auch der zweiten Frau des Vaters, mit dem Sohn Peter in die Bundesrepublik zu entfliehen.

Durch Beschluß des Amtsgerichts in Zittau vom 24. Juni 1952 - 7 a X R 402/52 - wurde das Sorgerecht für Gerd dem Vater entzogen und der Mutter übertragen. Der Vater behauptet, daß ihm dieser Beschluß nicht bekanntgegeben sei.

Etwa Anfang Juli 1954 kam Gerd besuchsweise zu seinem Vater nach Tübingen, wo dieser inzwischen Stellung und Unterkunft gefunden hatte.

Am 4. Oktober 1954 erschien die Mutter in Tübingen und verlangte, indem sie sich auf den Beschluß des Amtsgerichts in Zittau vom 24. Juni 1952 berief, daß Gerd an sie herausgegeben werde. Der Vater weigerte sich, diesem Verlangen nachzukommen, und beantragte beim Amtsgericht in Tübingen den Erlass einer einstweiligen Anordnung des Inhalts, daß das Kind bis zur endgültigen Regelung des Sorgerechts bei ihm zu bleiben habe. Das Amtsgericht lehnte durch Beschluß vom 4. Oktober 1954 diesen Antrag ab, ordnete vielmehr an, daß das Kind unverzüglich an die Mutter herauszugeben sei. Gegen diesen Beschluß legte der Vater Beschwerde ein, der das Landgericht in Tübingen durch Be-

34

- 3 -

schluß vom 5. Oktober 1954 stattgab, indem es den angefochtenen Beschluß des Amtsgerichts änderte und im Wege einer einstweiligen Anordnung verfügte, daß das Kind bis zur Entscheidung über das Sorgerecht zunächst beim Vater zu verbleiben habe. Falls sich die Mutter bereits des Kindes bemächtigt haben sollte, sei es unverzüglich an den Vater herauszugeben.

Es gelang dem Vater jedoch nicht mehr, diese Anordnung durchzuführen, da die Mutter inzwischen bereits mit dem Kind in die sowjetische Besatzungszone zurückgereist war.

Unter dem 16. Juni 1955 legte die Mutter durch Rechtsanwalt M. in Zittau gegen den Beschluß des Landgerichts weitere Beschwerde ein mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluß und den Beschluß des Amtsgerichts in Tübingen vom 4. Oktober 1954 mangels Zuständigkeit aufzuheben.

Das Oberlandesgericht in Stuttgart hat diese Beschwerde durch Beschluß vom 2. November 1955 dem Bundesgerichtshof vorgelegt. Es ist der Ansicht, daß die Entscheidung über die Beschwerde davon abhängt, ob sich die örtliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zur Entscheidung über das Sorgerecht für minderjährige Kinder aus geschiedenen Ehen, die in der Ostzone ihren Wohnsitz, in der Bundesrepublik ihren Aufenthalt haben oder wenigstens im maßgebenden Zeitpunkt (§ 43 FGG) gehabt haben, nach dem Wohnsitz oder nach dem Aufenthaltsort richtet (§ 36 Abs 1 Satz 1 FGG). Dabei komme es darauf an, ob die sowjetische Besatzungszone für Sorgerechtsentscheidungen als Inland im Sinne dieser Bestimmung anzusehen sei oder nicht. Zu dieser Frage seien entgegengesetzte Entscheidungen zweier Oberlandesgerichte, nämlich des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLGZ 1953 Nr 40 S 221 224 ff und NJW 1953, 1350 Nr 9) und des Oberlandesgerichts in Hamm (NJW 1953, 1920 Nr 15 und MDR 1953, 496) ergangen (vgl auch Hahnenfeld in NJW 1956, S 164 166 mit weiteren Nachweisen).



Die Voraussetzungen für eine Vorlage an den Bundesgerichtshof sind gegeben:

Nach § 27 FGG ist gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Eine solche Verletzung erblickt die Mutter darin, daß das Beschwerdegericht zu Unrecht seine örtliche Zuständigkeit angenommen habe. Wenn dieser Vorwurf berechtigt wäre, so würde nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes (§ 27 FGG in Verbindung mit § 551 Nr 4 ZPO) in der Tat eine Gesetzesverletzung vorliegen und der angefochtene Beschluß müßte, auch wenn er gemäß § 7 FGG zunächst wirksam war, aufgehoben werden (vgl Keidel FGG 6. Aufl § 7, 4 b und § 27, 4 c).

Das vorlegende Oberlandesgericht ist davon ausgegangen, daß das minderjährige Kind Gerd Richter, auf das sich die vorläufige Sorgerechtsregelung des Amtsgerichts und des Landgerichts bezog, zu der Zeit, als das Amtsgericht in Tübingen mit der Angelegenheit befaßt wurde, seinen Wohnsitz in der sowjetischen Besatzungszone, in Tübingen dagegen nur seinen Aufenthalt gehabt habe. Unter dieser Voraussetzung war das Amtsgericht in Tübingen gemäß § 43 Abs 1 in Verbindung mit § 36 Abs 1 Satz 1 FGG nur dann örtlich zuständig, wenn ein Wohnsitz des Kindes in der sowjetischen Besatzungszone als nicht inländischer Wohnsitz im Sinne des § 36 FGG zu betrachten ist. Zu dieser Frage liegen, wie das Oberlandesgericht zutreffend dargelegt hat, entgegengesetzte Entscheidungen mehrerer Oberlandesgerichte vor:

Während das Bayerische Oberste Landesgericht (aaO) die Sowjetzone insoweit als Inland ansieht, wollen die Oberlandesgerichte in Hamm (aaO) und Celle (Nds Rpfl 1953 S 127) sie als Ausland behandeln.

Wie noch näher darzulegen ist, konnte das Landgericht nach dem seiner Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt in Wirklichkeit nicht davon ausgehen und ist es auch nicht davon ausgegangen, daß das Kind zu dem hier maßgebenden Zeitpunkt seinen Wohnsitz zweifelsfrei in der sowjetischen Besatzungszone und nicht in der Bundesrepublik gehabt habe. Die Ansicht des Oberlandesgerichts, daß die Entscheidung über die sofortige Beschwerde, d.h. darüber, ob das Landgericht und das Amtsgericht in Tübingen ihre örtliche Zuständigkeit mit Recht bejaht haben, von der Entscheidung der Streitfrage abhängt, ob die sowjetische Besatzungszone im Sinne des § 36 Abs 1 Satz 1 FGG als Inland anzusehen sei oder nicht, ist danach nicht zutreffend.

Nach feststehender Rechtsprechung ist jedoch der Bundesgerichtshof an die Auffassung des vorlegenden Oberlandesgerichts, daß es für die Sachentscheidung einer Stellungnahme zu der von ihm herausgestellten Rechtsfrage bedürfe, insoweit gebunden, als er seine Zuständigkeit zur Entscheidung über die weitere Beschwerde auch dann zu bejahen hat, wenn er selbst der Ansicht ist, daß es auf diese Frage für die Sachentscheidung nicht ankommt. Bei seiner Sachentscheidung selbst ist jedoch die Auffassung des vorlegenden Gerichts über die Notwendigkeit einer Entscheidung der streitigen Rechtsfrage für ihn nicht maßgebend (RG 108, 356 359; Schlegelberger FGG 6. Aufl § 28 Anm 5; Keidel § 28, 4 b mit weiteren Nachweisen). Demgemäß hat der Bundesgerichtshof über die weitere Beschwerde zu entscheiden.

Die Beschwerde ist zulässig. Es handelt sich bei der Entscheidung des Amtsgerichts vom 4. Oktober 1954 um eine vorläufige Anordnung, wie sie im Rahmen der Sorgerechtsregelung auf Grund des § 74 EheG ergehen kann. Eine solche Anordnung kann gemäß § 19 FGG mit der Beschwerde und gemäß § 27 FGG mit der weiteren Beschwerde angefochten werden (Keidel § 19 Anm 2 f). Gemäß §§ 20 Abs 1, 57 Nr 9 FGG ist

die Mutter des Kindes beschwerdeberechtigt. Sachlich ist die weitere Beschwerde jedoch nicht begründet.

Seine Auffassung, daß das Kind seinen Wohnsitz in der sowjetischen Besatzungszone gehabt habe, gründet das Oberlandesgericht auf folgende Erwägungen:

Der Vater des Kindes, dem unstreitig durch den Beschluß des Amtsgerichts in Zittau vom 30. August 1950 das Sorgerecht für das Kind übertragen war, habe dieses bei seiner Flucht aus der Sowjetzone dort zurückgelassen. Er habe es bei seiner zurückgebliebenen zweiten Frau gelassen und es später in einem Kinderheim untergebracht. In diesem Verhalten sei eine stillschweigende Bestimmung des Wohnsitzes (in der sowjetischen Besatzungszone) zu erblicken; auf jeden Fall sei aber eine solche darin enthalten, daß er es im Jahre 1952 zugelassen habe, daß seine geschiedene Frau das Kind wieder zu sich nahm.

Es erscheint zweifelhaft, ob diese Erwägungen dem Vortrag des Vaters gerecht werden. Dieser war unter Umständen aus der Sowjetzone geflüchtet, die für ihn eine Rückkehr dorthin ausschlossen. Seit seinem Übertritt in das Gebiet der Bundesrepublik ging deshalb sein Bestreben unverkennbar dahin, sich nicht nur selbst dort niederzulassen, sondern auch seine Familie, sobald die Verhältnisse es gestatteten, nachkommen zu lassen. Wenn er es unter diesen Umständen zuließ, daß sein Sohn Gerd zunächst in der Sowjetzone in einem Kinderheim untergebracht und von dort später durch seine geschiedene Frau abgeholt und in deren Haushalt verbracht wurde, so liegt die Annahme nahe, daß er darin nur eine vorläufige Regelung erblickte, mit der er sich gezwungenermaßen abfand, ohne jedoch den Willen zu haben, daß das Kind ständig bei seiner Mutter bleiben sollte. Wie es sich damit verhält, kann jedoch dahinstehen. Für das Gericht der weiteren Beschwerde ist maßgebend, daß das Landgericht in dem angefochtenen Beschluß die vom Oberlandes-

gericht aus dem Verhalten des Vaters entnommenen Folgerungen nicht gezogen und keine Feststellung darüber getroffen hat, wo das Kind zu der Zeit, als Amtsgericht und Landgericht mit der Angelegenheit befaßt wurden, seinen Wohnsitz gehabt hat. Das Landgericht hat sich auch im Gegensatz zum Oberlandesgericht einer Feststellung darüber enthalten, ob das Sorgerecht durch den Beschluß des Amtsgerichts in Zittau vom 24. Juni 1952 wirksam dem Vater entzogen und auf die Mutter übertragen ist. Die von ihm getroffene einstweilige Anordnung hat das Landgericht nicht als eine Abänderung dieses Beschlusses des Amtsgerichts in Zittau bezeichnet, vielmehr die Frage, "wem von den beiden Elternteilen letztlich das Sorgerecht über das Kind zustehe", ausdrücklich offengelassen. Damit wurde es auch allein der gegebenen Sachlage gerecht. Der Vater hatte vorgetragen, daß es sich bei dem Beschluß des Amtsgerichts in Zittau vom 24. Juni 1952 um einen Willkürakt gehandelt habe. Das Amtsgericht in Zittau habe ihm diese Entscheidung nicht bekanntgegeben, geschweige denn ihm vorher Gelegenheit gegeben, sich zu der Angelegenheit zu äußern (§ 74 Abs 3 EheG, vgl OLG Bremen in NJW 1953 S 306).

Unter diesen Umständen war das Landgericht in der Tat nicht in der Lage, ohne nähere zeitraubende Ermittlungen mit Sicherheit festzustellen, ob das Kind seinen Wohnsitz mit dem des Vaters oder mit dem der Mutter teilte. Falls dem Vater allein noch das Sorgerecht zustand, hatte er auch über den Wohnsitz des Kindes zu bestimmen, und er hatte diese Bestimmung nunmehr durch sein gesamtes Verhalten eindeutig in dem Sinne getroffen, daß das Kind seinen Wohnsitz mit ihm und nicht mit der Mutter teilen solle. Das Sorgerecht stand ihm aber noch zu, wenn der Beschluß des Amtsgerichts in Zittau vom 24. Juni 1952 unwirksam geblieben war. Das war aber gemäß § 16 FGG schon dann der Fall, wenn er dem Vater nicht ordnungsmäßig bekanntgegeben war (vgl Keidel § 16, 3 S 201).

Wie es sich damit und mit den sonstigen tatsächlichen Umständen verhielt, von denen möglicherweise die Entscheidung der Frage nach dem Wohnsitz des Kindes abhing, konnte in dem vor dem Amtsgericht und dem Landgericht anhängigen Verfahren vor dem Erlaß der zu treffenden Sachentscheidung, die keinen Aufschub duldete, weil es dabei auf eine sofortige einstweilige Regelung ankam, unmöglich geklärt werden. Bei dieser Sachlage konnte vielmehr das Landgericht davon ausgehen, daß sich der derzeitige Wohnsitz des Kindes nicht sicher feststellen lasse und daß deshalb für die zu treffende einstweilige Regelung das Gericht zuständig sei, in dessen Bezirk das Kind seinen Aufenthalt hatte. Nach § 36 Abs 1 Satz 1 in Verbindung mit § 43 Abs 1 FGG ist "in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes" das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Kind seinen Aufenthalt hat. Eine "Ermangelung" des Wohnsitzes aber ist nach feststehender Lehre und Rechtsprechung schon dann anzunehmen, wenn die Ermittlung des Wohnsitzes auf dem nach Lage der Sache vernünftigerweise einzuschlagenden Wege nicht möglich ist (Schlegelberger § 36 Anm 7; Keidel § 36 Anm 2 S 365 und die dort angeführten weiteren Nachweise).

Dieser Fall war hier gegeben, da eine sichere Feststellung darüber, wo das Kind seinen Wohnsitz hatte, wie dargelegt, vor dem Erlaß der Sachentscheidung ohne eine deren Zweck vereitelnde oder doch gefährdende Verzögerung nicht getroffen werden konnte.

Danach hat das Landgericht seine Zuständigkeit unabhängig von der Frage, ob ein etwaiger Wohnsitz des Kindes in der sowjetischen Besatzungszone als inländischer Wohnsitz anzusehen ist, mit Recht bejaht.

Da sonstige Rechtsmängel des angefochtenen Beschlusses nicht ersichtlich und auch nicht geltend gemacht sind,

war die Beschwerde, wie geschehen, als unbegründet zurückzuweisen.

Schmidt

Raske

Johannsen

Scheffler

Wüstenberg