

Nachschlagewerk: ja

20

BGHZ: ja

GVG § 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2; ZPO §§ 36 Nr. 6,
621 Abs. 1 Nr. 1

- a) § 36 Nr. 6 ZPO ist auf einen Zuständigkeitsstreit zwischen einem Familiengericht und einem Gericht der (allgemeinen) freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend anwendbar.
- b) Zur Abgrenzung der Zuständigkeit von Familiengericht und Vormundschaftsgericht in Elternrechtssachen.

BGH, Beschluß vom 17. September 1980 - IV b ARZ 543/80 -

OLG Düsseldorf
LG Duisburg
AG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF

IV b ARZ 543/80

BESCHLUSS

in dem Verfahren

betreffend das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das
am 2. Juni 1975 geborene Kind Hakan S [REDACTED],
R [REDACTED] str. 20, D [REDACTED], bei A [REDACTED]

Beteiligte Eltern:

Vater: Suphy S [REDACTED], H [REDACTED] str. 8, O [REDACTED],

Beschwerdeführer,

-Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Béla [REDACTED],
Bernd [REDACTED] und Ulrich [REDACTED],
G [REDACTED] str. 39, H [REDACTED] -

Mutter: Müzeyyen S [REDACTED], R [REDACTED] str. 20,
D [REDACTED], bei A [REDACTED],

Beschwerdegegnerin,

-Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Jörg [REDACTED],
W [REDACTED] str. 57, D [REDACTED] -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
am 17. September 1980 durch den Vorsitzenden Richter
Dr. Grell und die Richter Lohmann, Dr. Seidl,
Dr. Blumenröhr und Dr. Zopfs

beschlossen:

Zuständig für die Entscheidung über die Be-
schwerde des Vaters gegen den Beschluß des
Amtsgerichts Duisburg vom 27. September 1979
ist das Landgericht Duisburg.

G r ü n d e :

I.

Die beteiligten Eltern haben beim Amtsgericht
wechselseitig beantragt, ihnen das Aufenthaltsbestimmungs-
recht für ihr eheliches Kind Hakan S. zu übertragen.
Die Familienangehörigen sind türkische Staatsangehörige,
die in der Bundesrepublik Deutschland leben. Die Mutter
hat sich vom Vater getrennt und das Kind aus der Türkei
zu sich geholt. Der Vater will es - nach Übertragung des
Aufenthaltsbestimmungsrechts - in die Türkei zurückbringen,
während die Mutter es bei sich in der Bundesrepublik
behalten will. Zwischen den Eltern ist in der Türkei
ein Ehescheidungsverfahren anhängig, das nach den Angaben
des Vaters derzeit ruht.

Das Amtsgericht hat das Aufenthaltsbestimmungsrecht
auf die Mutter übertragen. Hiergegen hat der Vater beim



Amtsgericht Beschwerde eingelegt, die zunächst dem Oberlandesgericht zugeleitet und von dort an das Landgericht mit der Bitte um Übernahme übersandt worden ist. Die (Beschwerde-)Zivilkammer des Landgerichts hat sich für unzuständig erklärt, weil es sich um eine Familiensache handle. Beim Oberlandesgericht hat sich daraufhin der nach der Geschäftsverteilung in Betracht kommende Senat für Familiensachen ebenfalls für unzuständig erklärt. Der Senatsvorsitzende hat anschließend die Akten dem Bundesgerichtshof zur Bestimmung des zuständigen Rechtsmittelgerichts gem. § 36 ZPO vorgelegt.

II.

1. Das zuständige Rechtsmittelgericht ist in entsprechender Anwendung des § 36 Nr. 6 ZPO durch den Bundesgerichtshof zu bestimmen.

a) Am vorliegenden Zuständigkeitsstreit sind ein Familiengericht (Senat für Familiensachen des Oberlandesgerichts) und ein Gericht der allgemeinen freiwilligen Gerichtsbarkeit - jeweils als Rechtsmittelgericht - beteiligt. Der Streit geht darüber, ob es sich bei dem Verfahren um eine (der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugehörige) Familiensache handelt oder ob das Verfahren in die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts fällt und daher nicht Familiensache ist (§ 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GVG; § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob das Oberlandesgericht (Senat für Familiensachen) als Beschwerdegericht in Familiensachen nach § 119 GVG oder das Landgericht als

Beschwerdegericht nach § 19 Abs. 2 FGG für die Entscheidung über das Rechtsmittel zuständig ist.

Für einen derartigen Zuständigkeitsstreit zwischen einem Familiengericht und einem Gericht der allgemeinen freiwilligen Gerichtsbarkeit enthält das Gesetz keine Regelung. In Familiensachen, die der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet sind, ist nach § 621 a Abs. 1 Satz 2 ZPO die für die streitige Gerichtsbarkeit geltende Vorschrift des § 36 Nr. 6 ZPO anzuwenden (BGHZ 71, 15, 16), die nach anerkannter Rechtsauffassung auch den Streit über die Rechtsmittelzuständigkeit erfaßt (BGH LM ZPO § 36 Ziff. 6 Nr. 6 ; BGH NJW 1979, 719 m.w.N.). Damit ist jedoch unmittelbar nur eine Regelung für einen Kompetenzkonflikt innerhalb der Familiengerichtsbarkeit (und - im Hinblick auf den übrigen Anwendungsbereich des § 36 Nr. 6 ZPO - der streitigen Gerichtsbarkeit) getroffen, nicht auch für einen darüber hinausgreifenden Konflikt. Das Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthält überhaupt keine gesetzliche Regelung für einen Zuständigkeitsstreit der vorliegenden Art. § 5 FGG betrifft nur die örtliche Zuständigkeit. Streitigkeiten über die Zuständigkeit im übrigen müssen im Bereich der (allgemeinen) freiwilligen Gerichtsbarkeit nach herrschender Ansicht im Rechtsmittelwege ausgetragen werden (Bumiller/Winkler, FGG 3. Aufl. § 5 Anm. 1; Jansen, FGG 2. Aufl. § 1 Rdn. 99; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG 11. Aufl. § 5 Rdn. 8 m.v

In der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur wird die für einen Zuständigkeitsstreit zwischen einem Familiengericht und einem Gericht der allgemeinen freiwilligen Gerichtsbarkeit bestehende

Regelungslücke dadurch geschlossen, daß - meist ohne nähere Begründung - die Vorschrift des § 36 Nr. 6 ZPO für entsprechend anwendbar erachtet wird (OLG Köln FamRZ 1978, 707; OLG Düsseldorf Rpfleger 1978, 327; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 38. Aufl. § 36 Anm. 3 E; Stein/Jonas/Schumann, ZPO 20. Aufl. § 36 Rdn. 20; Thomas/Putzo, ZPO 10. Aufl. § 36 Anm. 2 f; Zöllner/Vollkommer, ZPO 12. Aufl. § 36 Anm. II 6 e), ebenso wie auch für den - ebenfalls über den Regelungsbereich des § 36 Nr. 6 ZPO hinausgreifenden - Kompetenzkonflikt zwischen Prozeßgericht und Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit überwiegend die Anwendung des § 36 Nr. 6 ZPO befürwortet wird (OLG Hamm RdL 1967, 210; OLG Frankfurt FamRZ 1974, 197; außerdem die bereits oben angeführte Kommentarliteratur sowie Keidel/Kuntze/Winkler a.a.O. § 5 FGG Rdn. 8; a.A. BayObLGZ 1968, 89 und Bassenge/Herbst, FGG 2. Aufl. § 1 Anm. 5 b bb, die § 5 FGG für entsprechend anwendbar erachten).

Der Bundesgerichtshof hat die Frage bisher noch nicht entschieden. Der erkennende Senat schließt sich der herrschenden Meinung, die die entsprechende Anwendung des § 36 Nr. 6 ZPO auch bei Kompetenzkonflikten befürwortet die über den unmittelbaren Anwendungsbereich der Vorschrift hinausgreifen, jedenfalls für den hier vorliegenden Fall eines Zuständigkeitsstreits zwischen einem Familiengericht und einem Gericht der (allgemeinen) freiwilligen Gerichtsbarkeit an. Das Verfahren nach § 36 Nr. 6 ZPO bietet eine einfache, praktikable und kostensparende Möglichkeit, im Interesse der Parteien und der Rechtssicherheit den mißlichen Streit darüber, welches Gericht für die Sachentscheidung zuständig ist, schnell zu beenden, damit das als zuständig bestimmte Gericht sich möglichst

bald mit der Sache selbst befaßt. Der Rechtsgedanke, der in dieser Regelung zum Ausdruck kommt, könnte an sich auch für den Bereich der (allgemeinen) freiwilligen Gerichtsbarkeit Geltung beanspruchen. Daß dort, abgesehen vom Konflikt über die örtliche Zuständigkeit, zur Klärung von Zuständigkeitsstreitigkeiten grundsätzlich auf den Rechtsmittelweg verwiesen wird, beruht lediglich auf dem Fehlen einer dem § 36 Nr. 6 ZPO entsprechenden gesetzlichen Grundlage und der einschränkenden Regelung des § 5 FGG. Die Verweisung auf den Rechtsmittelweg stellt jedoch schon wegen des damit verbundenen Zeit- und Kostenaufwands kein dem Verfahren nach § 36 Nr. 6 ZPO gleichwertiges Mittel zur Behebung eines Kompetenzkonflikts dar. Im Falle eines Zuständigkeitsstreits zwischen einem Familiengericht und einem Gericht der allgemeinen freiwilligen Gerichtsbarkeit würde sie auch keine Lösung des Konflikts für den Fall bieten, daß in den verschiedenen Verfahrensarten der beiden Gerichte jeweils zuständigkeitsleugnende Entscheidungen ergehen, gegen die kein Rechtsmittel (mehr) statthaft ist. Die Ausdehnung der Verweisung auf den Rechtsmittelweg, die für das Gebiet der allgemeinen freiwilligen Gerichtsbarkeit Geltung beansprucht, auf übergreifende Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen einem Familiengericht und einem Gericht der allgemeinen freiwilligen Gerichtsbarkeit muß daher ausscheiden. Demgegenüber bietet eine Ausdehnung des Geltungsbereichs von § 36 Nr. 6 ZPO auf Fälle des Konflikts eines Familiengerichts, für dessen Zuständigkeitsbereich die Regelung ohnehin gilt, mit einem Gericht der allgemeinen freiwilligen Gerichtsbarkeit eine sinnvolle Lösung, die von der Interessenlage gefordert wird und der aus dem Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen.

b) Die Voraussetzungen, die § 36 Nr. 6 ZPO für eine Zuständigkeitsbestimmung verlangt, sind gegeben. Die beiden am Kompetenzkonflikt beteiligten Gerichte, von denen eines für das Beschwerdeverfahren zuständig ist, haben sich jeweils rechtskräftig für unzuständig erklärt.

2. Zuständig für die Entscheidung über die Beschwerde ist das Landgericht. Es handelt sich nicht um eine Familiensache.

Verfahren über die Regelung der elterlichen Sorge (früher: der elterlichen Gewalt) für ein eheliches Kind sind Familiensachen nur, soweit nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs hierfür das Familiengericht (und nicht das Vormundschaftsgericht) zuständig ist. Das ist im hier einschlägigen Bericht nur in den Verfahren nach §§ 1671, 1672 BGB (alter und neuer Fassung) der Fall, die die Regelung der elterlichen Sorge im Falle des Getrenntlebens und nach der Scheidung der Ehe der Eltern betreffen. In dieser Verfahrensart ist jedoch die hier von den Eltern wechselseitig beantragte Übertragung lediglich des Aufenthaltsbestimmungsrechts bei im übrigen bestehenbleibender gemeinschaftlicher elterlicher Sorge nicht zulässig. Nach §§ 1671 Abs. 4, 1672 BGB (sowohl in der früheren Fassung als auch in der seit 1. Januar 1980 geltenden Neufassung) kann die Personensorge, die das Aufenthaltsbestimmungsrecht umfaßt (§ 1631 Abs. 1 BGB), nicht aufgespalten, sondern nur im ganzen auf einen Elternteil übertragen werden. Ebenso kann sich das Gericht in seiner Endentscheidung nicht auf eine Einzelanordnung über einen Teil der Personensorge beschränken. Dies ist für die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung der Ehe allgemein

anerkannt (BGHZ 3, 120 (zu § 74 EheG); BayObLGZ 1962, 409; 1975, 359; OLG Hamm FamRZ 1976, 284; 1979, 177; OLG München FamRZ 1978, 620). Für die Regelung der elterlichen Sorge bei Getrenntleben der Eltern ist dies zwar vereinzelt verneint (OLG Stuttgart NJW 1958, 1972; nach OLG Hamm FamRZ 1976, 284 hält das OLG Stuttgart an dieser Auffassung nicht mehr fest) oder in Frage gestellt worden (Palandt/Diederichsen, BGB 39. Aufl. § 1672 Anm. 2). Jedoch kann nach dem eindeutigen Wortlaut der §§ 1671 Abs. 4, 1672 BGB auch insoweit nichts anderes gelten als im Falle der Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung der Ehe.

Ein Verfahren, das lediglich die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zum Gegenstand hat, fällt dagegen in die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts. Dies gilt sowohl für den Fall, daß die Entscheidung zur Verhinderung einer Gefährdung des Kindeswohls beantragt wird (§ 1666 Abs. 1 Satz 1 BGB), als auch, wenn die Entscheidung im Falle einer Uneinigkeit der Eltern begehrt wird (so § 1628 Abs. 2 BGB in der ab 1. Januar 1980 geltenden Fassung, der insoweit den früheren, durch die Rechtsprechung entwickelten Rechtszustand wiedergibt, vgl. Palandt/Diederichsen a.a.O. § 1628 BGB Anm. 1). Die Zuständigkeiten des Vormundschaftsgerichts und des Familiengerichts im Verfahren über die Regelung der elterlichen Sorge bestehen, wie schon der Wortlaut der §§ 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GVG und 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergibt, grundsätzlich unabhängig voneinander (ebenso BayObLGZ 1979, 142, 148; Rolland, 1. EheRG § 621 ZPO Rdn. 3; vgl. zur Problematik auch MünchKomm/Hintz, BGB Ergänzungsband § 1666 Rdn. 8 m.w.N.).

Im vorliegenden Fall hat sich das Amtsgericht in der angefochtenen Entscheidung auf die Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts beschränkt, die von den

antragstellenden Eltern auch allein begehrt war (und ist). Das Beschwerdeverfahren hat danach eine Regelung zum Gegenstand, die in die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts fällt. Diese Zuständigkeit besteht unabhängig von der Frage, ob in der Sache nach deutschem oder türkischem materiellem Recht zu entscheiden ist, da es sich um eine verfahrensrechtliche Regelung handelt, für die in jedem Falle das deutsche Recht als *lex fori* maßgebend ist.

Dr. Grell

Lohmann

Dr. Seidl

Blumenröhr

Dr. Zopfs