

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IVb ARZ 51/85

in der Familiensache

betreffend die Regelung der elterlichen Sorge über Artur Richard
K [REDACTED], geboren am 5. Dezember [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED], L [REDACTED]-
[REDACTED]-Lü [REDACTED],

an der beteiligt sind die Eltern

Elvira J [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED], L [REDACTED]-Lü [REDACTED]

Antragstellerin,

Christian J [REDACTED], E [REDACTED] Gasse [REDACTED], Kö [REDACTED] [REDACTED],

Antragsgegner,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED], Lange H [REDACTED]straße [REDACTED],
W [REDACTED] -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den
Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Blumenröhr,
Dr. Krohn, Dr. Macke und Dr. Zysk

am 26. Februar 1986

beschlossen:

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts wird abgelehnt.

Gründe:

I.

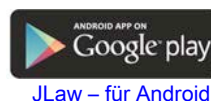
Die Ehe von Antragstellerin und Antragsgegner wurde vom
Amtsgericht Köln durch Urteil vom 21. Februar 1985, das am
selben Tage Rechtskraft erlangte, geschieden. Unter dem
21. Oktober 1985 richtete die Antragstellerin, die mit ihrem
Kinde Artur Richard K. im Bezirk des Amtsgerichts Gelnhausen
wohnt, an dieses Gericht den Antrag auf Übertragung des Rechts
der elterlichen Sorge für das Kind. Sie trug vor, das am
5. Dezember 1983 geborene Kind stamme nicht von ihrem früheren
Ehemann ab, von dem sie bereits seit 19. Februar 1982 getrennt
gelebt habe. Da sie nicht gewußt habe, daß das Kind nach
deutschem Recht als ehelich gelte, sei das Sorgerecht "im

- 3 -

Scheidungsurteil nicht behandelt" worden. Das Amtsgericht Gelnhausen äußerte Bedenken gegen seine Zuständigkeit und fragte bei der Mutter an, ob sie mit einer Abgabe der Sache an das Familiengericht Köln einverstanden sei. Auf einen dahingehenden Antrag der Mutter übersandte es die Akten an das Amtsgericht Köln. Dieses erklärte sich für örtlich unzuständig und gab das Verfahren an das Amtsgericht Gelnhausen zurück. Abschrift des Beschlusses übermittelte es der Mutter. Das Amtsgericht Gelnhausen erklärte sich ebenfalls für unzuständig, und legte die Sache - unter Bekanntgabe des Beschlusses an die Mutter - dem Bundesgerichtshof zur Bestimmung des zuständigen Gerichtes vor.

II.

Über die Regelung der elterlichen Sorge im Falle der Ehescheidung der Eltern hat nach § 1671 Abs. 1 BGB das Familiengericht zu entscheiden. Damit handelt es sich bei dem Verfahren über den Antrag der Mutter um eine Familiensache nach § 23b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GVG, § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Gemäß § 621a Abs. 1 Satz 2 ZPO ist die Entscheidung über den Zuständigkeitsstreit in einem solchen Fall nach § 36 Nr. 6 ZPO zu treffen. Danach wäre der Bundesgerichtshof als das im Rechtszug zunächst höhere gemeinsame Gericht zur Entscheidung berufen. Indessen sind die Voraussetzungen für eine Bestimmung des zu-



ständigen Gerichts nach § 36 Nr. 6 ZPO nicht gegeben, weil bisher kein Verfahren vorliegt, in dem eine Zuständigkeitsbestimmung erfolgen kann.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine Zuständigkeitsbestimmung bei einem negativen Kompetenzkonflikt in einem Klageverfahren die Rechtshängigkeit der Klage voraus. Entsprechendes gilt für die anderen Verfahrensarten, in denen § 36 Nr. 6 ZPO ebenfalls anwendbar ist, soweit auch in diesen Verfahrensarten die Gegenpartei vor der Entscheidung am Verfahren zu beteiligen ist. In diesen Fällen setzt die Zuständigkeitsbestimmung daher gleichfalls regelmäßig die Zustellung oder, wo dies nach den verfahrensrechtlichen Vorschriften genügt, die Mitteilung der Antragsschrift voraus (vgl. Beschlüsse vom 5. März 1980 - IV ARZ 8/80 - FamRZ 1980, 562 und vom 7. Oktober 1981 - IVb ARZ 556/81 - FamRZ 1982, 43). In der vorliegenden Sache hätte es zur Einleitung des Verfahrens allerdings keines Antrages bedurft; vielmehr wäre das Verfahren in entsprechender Anwendung von § 623 Abs. 3 ZPO auch von Amts wegen einzuleiten gewesen (vgl. Palandt/Diederichsen, BGB 45. Aufl. Anm. 6; Soergel/Lange, BGB 11. Aufl. Rdn. 46, jeweils zu § 1671). Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, daß hier bereits mit der Anhängigkeit des Verfahrens die Möglichkeit einer Zuständigkeitsbestimmung eröffnet wäre. Allerdings kennt das Gesetz Ausnahmefälle, in denen die Anwendung von § 36 Nr. 6 ZPO schon mit der Anhängigkeit des Verfahrens mög-

lich wird. So hat der Senat für die Zwangsvollstreckung nach §§ 828 ff. ZPO entschieden, daß es für eine Zuständigkeitsbestimmung nicht der vorherigen Zuleitung des Vollstreckungsantrages an den Schuldner bedarf. Das hat jedoch seinen Grund darin, daß die Gegenpartei - um den Vollstreckungserfolg nicht zu gefährden - vor der Entscheidung nicht an dem Verfahren zu beteiligen und anzuhören ist (vgl. Senatsbeschuß vom 2. März 1983 - IVb ARZ 49/82 - FamRZ 1983, 578, 579). Insoweit verhält es sich bei dem Verfahren über die Regelung der elterlichen Sorge anders, in dem es vor der Entscheidung der Anhörung der Eltern (§ 50a FGG), des Jugendamtes (§ 48a Ziff. 6 JWG) und nach Maßgabe von § 50b FGG auch des Kindes bedarf. Wird hier von einem der beteiligten Eltern Antrag auf Regelung der elterlichen Sorge gestellt, so setzt die Zuständigkeitsbestimmung nach § 36 Nr. 6 ZPO die Mitteilung dieses Antrages jedenfalls an den anderen Elternteil voraus. Nach BGHZ 71, 15 ist in den in § 621a Abs. 1 Satz 1 ZPO bezeichneten Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und damit auch im vorliegenden Sorgerechtsverfahren, nicht nur § 36 Nr. 6 ZPO anwendbar, sondern auch eine bindende Verweisung nach § 281 ZPO möglich. Eine solche Verweisung kommt jedoch nur in Betracht, wenn den Verfahrens beteiligten die Einleitung des Verfahrens mitgeteilt und ihnen rechtliches Gehör gewährt worden ist (vgl. auch Senatsbeschuß vom 12. Januar 1983 - IVb ARZ 53/82 - nicht veröffentlicht). Nach der Rechtsprechung besteht zwischen der Möglichkeit, nach § 36 Nr. 6 ZPO das zuständige Gericht zu bestimmen, und der

Möglichkeit einer bindenden Verweisung ein Zusammenhang (vgl. BGHZ 71, 15, 18). Dieses Verständnis der Regelung liegt auch dem bereits erwähnten Beschluß vom 5. März 1980 zugrunde, in dem zur Rechtfertigung dafür, daß die Rechtshängigkeit der Klage Voraussetzung für eine Zuständigkeitsbestimmung nach § 36 Nr. 6 ZPO ist, ausgeführt wird, die Zuständigkeitsbestimmung durch das übergeordnete Gericht bringe eine Verzögerung des Hauptsacheverfahrens mit sich, die tunlichst vermieden werden solle. Das sei dadurch möglich, daß die Zuständigkeit in Zweifelsfällen durch eine bindende Verweisung des Rechtsstreits nach § 281 ZPO abschließend festgelegt werde. Diese Möglichkeit bestehe aber erst mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit (aaO S. 563).

Danach käme auch im vorliegenden Sorgerechtsverfahren eine Zuständigkeitsbestimmung nach § 36 Nr. 6 ZPO nur in Betracht, wenn dem Vater (Antragsgegner) die Einleitung des Verfahrens durch Übermittlung des Antrages der Mutter oder auf sonstige Weise mitgeteilt worden wäre. Das ist jedoch nicht geschehen.

III.

Im Hinblick auf die Ausführungen des vorlegenden Gerichts weist der Senat darauf hin, daß der Grundsatz der sogenannten perpetuatio fori nach § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO, der an sich

auch für die Zuständigkeit des Gerichts der Ehesache gilt (Senatsbeschluß vom 17. September 1980 - IVb ARZ 550/80 - FamRZ 1981, 23, 24), hier nicht zum Zuge kommt. Zwar bestimmt § 623 Abs. 3 ZPO, daß es für die Regelung der elterlichen Sorge keines Antrages bedarf. Das bedeutet jedoch nicht, daß das Sorgerechtsverfahren kraft Gesetzes von selbst anhängig wird, wenn ein Scheidungsantrag bei dem Gericht eingeht. Beantragen die Parteien nicht von sich aus auch die Regelung der elterlichen Sorge, so wird ein entsprechendes Verfahren erst aufgrund einer einleitenden richterlichen Maßnahme anhängig (vgl. OLG Hamburg FamRZ 1983, 612; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO 44. Aufl. § 623 Anm. 3 A; Zöller/Philippi, ZPO 14. Aufl. § 623 Rdn. 23). Da hier während der Anhängigkeit der Ehesache weder Antrag auf Regelung der elterlichen Sorge gestellt worden ist noch das Gericht von Amts wegen das Verfahren eingeleitet hat, ist es zu keiner Anhängigkeit des Sorgerechtsverfahrens gekommen, die nach Rechtskraft des Scheidungsurteils die Zuständig-

keit
mehr
rech
Satz

des Gerichts der Ehesache weiterhin begründen könnte. Vieler-
richtet sich die örtliche Zuständigkeit für das Sorge-
tsverfahren nach den allgemeinen Vorschriften (§ 621 Abs. 2
2 ZPO).

Lohmann

Blumenröhr