

BUNDESGERICHTSHOF

IVb ARZ 1/84

BESCHLUSS

in der Familiensache

Gitte S t [REDACTED] geb. G [REDACTED] H [REDACTED] Straße [REDACTED], M [REDACTED],
Antragstellerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED], [REDACTED]
und [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED] -

gegen

Franz S t [REDACTED], B [REDACTED], Mo [REDACTED]-D [REDACTED],
Antragsgegner.

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

am 7. März 1984

beschlossen:

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts wird
abgelehnt.

Gründe:

I.

Die Parteien sind getrennt lebende Eheleute. Am 18. Juli 1983 verließ die Ehefrau (Antragstellerin) mit den vier gemeinsamen Kindern - gegen den Willen des Ehemannes (Antragsgegner) - die eheliche Wohnung in Mo[REDACTED]-D[REDACTED] und zog nach M[REDACTED], um dort mit einem anderen Lebensgefährten einen neuen Wohnsitz zu begründen. Auf Antrag des Ehemannes wurde ihr durch Beschluß des Amtsgerichts M[REDACTED] vom 22. Juli 1983 gemäß § 1666 BGB das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder entzogen mit dem Zusatz, daß nunmehr der Ehemann allein berechtigt sei, den Aufenthalt der Kinder zu bestimmen. Daraufhin verbrachte der Ehe-

- 3 -

mann am 22. Juli 1983 die Kinder gegen den Willen der Ehefrau wieder zurück nach Mo[REDACTED]. Nach Anhörung der Ehefrau vor dem Amtsgericht M[REDACTED] wurde der Beschluß vom 22. Juli 1983 am 12. August 1983 aufgehoben, da ein sofortiges Eingreifen des Vormundschaftsgerichts unter den zur Zeit gegebenen Umständen nicht erforderlich sei.

Die Ehefrau hatte inzwischen mit Schriftsatz vom 27. Juli 1983 bei dem Amtsgericht M[REDACTED] die Gewährung von Prozeßkostenhilfe für die Durchführung des Scheidungsverfahrens und den Erlaß einer einstweiligen Anordnung auf Trennungsunterhalt, Kindesunterhalt, Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses und Regelung der elterlichen Sorge für die vier Kinder beantragt. Der Antrag wurde dem Ehemann formlos zur Stellungnahme übermittelt. Durch Beschluß vom 2. September 1983 wies das Amtsgericht M[REDACTED] den Antrag auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe wegen fehlender Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung zurück, da das angerufene Gericht örtlich nicht zuständig sei; denn der Vater lebe mit den Kindern in Mo[REDACTED]-D[REDACTED].

Daraufhin beantragte die Ehefrau mit Schriftsatz vom 12. September 1983 bei dem Amtsgericht Mo[REDACTED] die Bewilligung von Prozeßkostenhilfe für das Scheidungsverfahren und den Erlaß einer einstweiligen Anordnung auf Zahlung von Trennungsunterhalt, Kindesunterhalt und Prozeßkostenvorschuß sowie Regelung der elterlichen Sorge und Herausgabe der Kinder an sie. Das



Amtsgericht Mo[REDACTED] verfügte am 13. September 1983 die Übersendung an das Amtsgericht M[REDACTED] "zuständigkeitshalber" mit der Begründung "ich verweise auf Seite 2 und Seite 8 der Scheidungsschrift" und gab die Sache - mit Abgabennachricht an die Ehefrau - an das Amtsgericht M[REDACTED] ab. Dem Ehemann wurden in diesem Verfahren weder der Antrag der Ehefrau noch die Abgabeverfügung mitgeteilt.

Das Amtsgericht M[REDACTED] wies durch Beschluß vom 26. September 1983 erneut den Antrag auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe für die Scheidung sowie für das Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zurück, da das angerufene Gericht örtlich nicht zuständig sei.

Die Ehefrau beantragt nunmehr vor dem Bundesgerichtshof, das zuständige Gericht zu bestimmen.

II.

Dem Antrag kann nicht stattgegeben werden.

1. Zwar ermöglicht § 36 Nr. 6 ZPO, wie der Senat wiederholt entschieden hat, grundsätzlich die Entscheidung eines negativen Kompetenzkonflikts auch schon in einem Armenrechts- oder Prozeßkostenhilfeverfahren vor Zustellung der Klageschrift

und Rechtshängigkeit der Hauptsache (Senatsbeschuß vom 7. Oktober 1981 - IVb ARZ 556/81 = FamRZ 1982, 43 = NJW 1982, 1000 m.N.). Auch in einem solchen Fall müssen jedoch die Voraussetzungen des § 36 Nr. 6 ZPO erfüllt sein.

2. So setzt die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36 Nr. 6 ZPO voraus, daß sich die beteiligten Gerichte jeweils rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

Daran fehlt es hier. Es liegt weder eine den Erfordernissen genügende rechtskräftige Unzuständigkeitserklärung des Amtsgerichts Mo[REDACTED] noch eine derartige Entscheidung des Amtsgerichts M[REDACTED] vor.

Soweit die Entscheidung des Amtsgerichts Mo[REDACTED] in Frage steht, kann dahingestellt bleiben, ob dessen am 13. September 1983 verfügte Übersendung "zuständigkeitshalber" an das Amtsgericht M[REDACTED] - ähnlich wie die Ablehnung der Übernahme einer Sache - den Anforderungen an eine Unzuständigkeitserklärung im Sinne des § 36 Nr. 6 ZPO genügt unter dem Gesichtspunkt, daß sie mit ausreichender Deutlichkeit den Willen des Amtsgerichts Mo[REDACTED] erkennen ließe, die Sache wegen - angenommener - Unzuständigkeit nicht zu bearbeiten. Jedenfalls fehlt es insoweit an der Voraussetzung einer rechtskräftigen Unzuständigkeitserklärung. Eine solche kommt erst in Betracht, nachdem das Verfahren durch Zustellung oder - wie es im Prozeßkos-

tenhilfeverfahren ausreicht - durch Mitteilung der Antragschrift an den Gegner in Gang gesetzt worden ist (BGH Beschluß vom 5. März 1980 - IV ARZ 8/80 = FamRZ 1980, 562 = NJW 1980, 1281). Das ist hier nicht geschehen. Das Amtsgericht Mo[REDACTED] hat die Antragsschrift der Ehefrau vom 12. September 1983 dem Ehemann nicht zugeleitet.

Das Amtsgericht M[REDACTED] hatte zwar den Antrag der Ehefrau auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe für die Scheidung und das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom 27. Juli 1983 dem Ehemann zur Stellungnahme Übermittelt, und es hat darüber hinaus auch sowohl den Beschluß vom 2. September 1983 als auch die Entscheidung vom 26. September 1983, durch welche die beantragte Prozeßkostenhilfe wegen fehlender Erfolgsaussicht - aus Gründen der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts - verweigert wurde, beiden Parteien mitgeteilt. Gleichwohl genügen die Beschlüsse vom 2. und vom 26. September 1983 nicht den Anforderungen an eine rechtskräftige Unzuständigkeitserklärung. Denn sie unterliegen der Beschwerde nach § 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Entscheidungen im Armenrechts- oder Prozeßkostenhilfeverfahren sind jedoch nur dann rechtskräftigen Entscheidungen im Sinne von § 36 Nr. 6 ZPO gleich zu achten, wenn sie unanfechtbar sind (Senatsbeschluß vom 15. April 1981 - IVb ARZ 521/81 m.N.; BayObLG FamRZ 1980, 1034, 1035).

III.

Vorsorglich wird darauf hingewiesen, daß nach dem bisherigen Sach- und Streitstand das Amtsgericht Mo[REDACTED] gemäß §§ 606, 620 a ZPO sowohl für das Scheidungsverfahren als auch für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung zuständig ist.

Im Bezirk dieses Gerichts hatte der Ehemann im Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsantrags - und hat seither weiterhin - seinen gewöhnlichen Aufenthalt. Hier haben beide Parteien bis zur Trennung zusammen mit den Kindern gelebt und ihren allgemeinen Daseinsmittelpunkt gehabt. Dieser ist für die Kinder nicht dadurch aufgehoben worden, daß sie sich in der Zeit vom 18. bis zum 22. Juli 1983 für insgesamt fünf Tage mit der Ehefrau in M[REDACTED] aufgehalten haben. Die sozialen Bindungen der Kinder und des Ehemannes bestehen weiterhin in ihrer bisher gewohnten Umgebung in Mo[REDACTED]-D[REDACTED] (vgl. hierzu Senatsbeschluß BGHZ 78, 293).

Unabhängig davon, ob die Kinder - gegebenenfalls nur einige von ihnen - bei dem Ehemann oder unter Umständen bei den Großeltern in Mo[REDACTED] leben, ist eine Zuständigkeit des Amtsgerichts Mo[REDACTED] jedenfalls nicht begründet; denn die Ehefrau hat keines der Kinder bei sich in Mo[REDACTED].

Seidl

Krohn