

17

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO § 620 Satz 1 Nr. 1; BGB § 1672

Die Befugnis des Familiengerichts, im Scheidungsverfahren die elterliche Sorge für ein gemeinschaftliches Kind durch eine einstweilige Anordnung zu regeln (§ 620 Satz 1 Nr. 1 ZPO), steht einem isolierten Sorgerechtsverfahren nach § 1672 BGB nicht entgegen.

BGH, Beschl.v. 12. Mai 1982 - IVb ZB 10/82 - OLG München
AG München

BUNDESGERICHTSHOF

IVb ZB 10/82 **BESCHLUSS**

in der Familiensache

betreffend die elterliche Sorge für Isabel G [REDACTED],
geb. 26. Januar [REDACTED],

Vater: Ludwig G [REDACTED], O [REDACTED] Straße [REDACTED],
M [REDACTED],

Antragsteller und
Beschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr.
[REDACTED] -

Mutter: Uta G [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED],
M [REDACTED],

Antragsgegnerin und
Beschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwältin
M. L [REDACTED]-B [REDACTED],
Ba [REDACTED]straße [REDACTED],
M [REDACTED] -

- 2 -

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

am 12. Mai 1982
beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde des Antragstellers
wird der Beschluß des 13. Zivilsenats - Familien-
senat - des Oberlandesgerichts München vom
18. Dezember 1981 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Behandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der weiteren
Beschwerde, an das Oberlandesgericht zurück-
verwiesen.

Beschwerdewert: 1.500 DM.

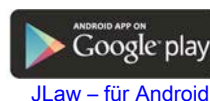
G r ü n d e :

I.

Die Eltern der schwerbehinderten und in einem
Heim untergebrachten Isabel G. leben seit Februar
1980 getrennt. Zwischen ihnen ist das Scheidungsver-
fahren anhängig.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Der Vater hat beim Amtsgericht zunächst beantragt, ihm im Wege der einstweiligen Anordnung die alleinige Entscheidungsbefugnis für einen Heimwechsel des Kindes zu übertragen. Diesen Antrag hat das Amtsgericht durch Beschluß vom 7. Oktober 1981 zurückgewiesen, weil ein sofortiger Heimwechsel für das Wohl des Kindes nicht unabdingbar sei.

Am 9. Oktober 1981 hat der Vater beantragt, ihm für die Dauer des Getrenntlebens die elterliche Sorge für das Kind zu übertragen. Nach Einholung einer Stellungnahme des Jugendamts und persönlicher Anhörung beider Eltern hat das Amtsgericht durch Beschluß vom 17. November 1981 dem Antrag des Vaters "für die Dauer des Scheidungsverfahrens" stattgegeben. Auf die Beschwerde der Mutter hat das Oberlandesgericht durch Beschluß vom 18. Dezember 1981 diese Entscheidung aus verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben und die Sache an das Amtsgericht zurückverwiesen. Hiergegen wendet sich der Vater mit der - zugelassenen - weiteren Beschwerde.

II.

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

1. Das Beschwerdegericht hat sich einer im Schrifttum teilweise vertretenen Auffassung angeschlossen, wonach während des anhängigen Scheidungsverfahrens die elter-

liche Sorge für gemeinschaftliche Kinder der Parteien nur im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 620 Satz 1 Nr. 1 ZPO geregelt werden könne, während das isolierte Sorgerechtsverfahren für die Dauer des Getrenntlebens nach § 1672 BGB in einem solchen Fall unzulässig sei. Diese Auffassung wird im wesentlichen damit begründet, daß § 620 Satz 1 Nr. 1 ZPO als speziellere Regelung das isolierte Sorgerechtsverfahren verdränge. Für dieses fehle nach Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens ein Rechtsschutzbedürfnis, weil es keine ins Gewicht fallenden Unterschiede zum einfacheren und flexibleren Verfahren der einstweiligen Anordnung aufweise und außerdem wegen der mit dem Scheidungsausspruch von Amts wegen zu treffenden Entscheidung nach § 1671 BGB ebenfalls nur vorläufigen Charakter habe (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 806; OLG Karlsruhe - 5. ZS - FamRZ 1979, 1044; MünchKomm/Hinz Erg.Bd. § 1672 Rdn. 12 f; Stein/Jonas/Schlosser ZPO 20. Aufl. § 620 Rdn. 3; Thomas/Putzo ZPO 11. Aufl. § 620 Anm. 1 b; Gernhuber, Familienrecht 3. Aufl. § 56 I 5 S. 856). Nach der überwiegenden Meinung wird hingegen das selbständige Sorgerechtsverfahren nach § 1672 BGB auch im Stadium des Scheidungsrechtsstreits nicht durch die Möglichkeit der Erwirkung einer einstweiligen Anordnung nach § 620 Satz 1 Nr. 1 ZPO ausgeschlossen, sondern steht es zur Wahl des Antragstellers, ob er eine Entscheidung im summarischen Verfahren der einstweiligen Anordnung oder eine solche nach eingehender Prüfung der Sachlage begehren will. Ein schutzwürdiges Interesse an der Erlangung einer Entscheidung nach § 1672 BGB folgt hiernach schon daraus, daß diese gegenüber einer einstweiligen Anordnung mit erhöhten Bestandsgarantien ausgestattet ist (vgl. OLG Hamm

FamRZ 1979, 1045; OLG Stuttgart FamRZ 1980, 400; OLG Karlsruhe - 2. ZS - FamRZ 1980, 1154; KG FamRZ 1981, 83 und 1979, 1062; Soergel/Lange BGB 11. Aufl. § 1672 Rdn. 10; Palandt/Diederichsen BGB 41. Aufl. § 1672 Anm. 1 und Einf. 4 zu § 1564; Erman/Ronke BGB 7. Aufl. § 1672 Rdn. 8; Baumbach/Lauterbach/Albers ZPO 40. Aufl. Einf. § 620 Anm. 1 A; Zöllner/Philippi ZPO 13. Aufl. § 620 Anm. II 4 a; Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch 1. EheRG § 620 ZPO Rdn. 3; s.a. Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, Rdn. 221).

2. Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, daß die Möglichkeit, einstweilige Anordnungen nach § 620 Satz 1 Nr. 2 (Umgangsrecht) und Nr. 9 (Prozeßkostenvorschuß) zu erwirken, einem auf eine endgültige Regelung gerichteten Verfahren nach § 1634 BGB bzw. § 1360 a Abs. 4 BGB nicht entgegensteht (Beschlüsse vom 14. März 1979 - IV ZR 98/78 - FamRZ 1979, 472, 473 und vom 24. Oktober 1979 - IV ZB 168/78 - FamRZ 1980, 131, 132). Dabei ist er davon ausgegangen, daß in den Fällen, in denen das Gesetz für eine Rechtsverfolgung mehrere prozessuale Möglichkeiten bietet, grundsätzlich ein Nebeneinander der Rechtsbehelfe gewollt ist und der Rechtssuchende zwischen ihnen die Wahl hat. Einschränkungen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses kommen nur in Betracht, wenn sich die verschiedenen Verfahren nach Einfachheit, Schnelligkeit und Kostenaufwand eindeutig unterscheiden, zugleich aber die Verfahrensergebnisse im wesentlichen gleichwertig sind. Nach diesen Grundsätzen muß der Ehegatte auch die Wahl haben, ob er während des anhängigen Scheidungsrechtsstreits die Regelung

der elterlichen Sorge für ein gemeinschaftliches Kind durch einstweilige Anordnung oder durch eine Entscheidung nach § 1672 BGB begehren will.

a) Vor Inkrafttreten des 1. EheRG war kaum bestritten, daß die Befugnis des Prozeßgerichts, im Scheidungsverfahren gem. § 627 ZPO aF eine einstweilige Anordnung über die Personensorge für ein gemeinschaftliches Kind zu treffen, die Kompetenz des Vormundschaftsgerichts für eine Regelung nach § 1672 BGB aF unberührt ließ (vgl. Soergel/Lange BGB 10. Aufl. § 1672 Rdn. 5 m.w.N.). Handelte es sich nicht um eilbedürftige Fälle, in denen das Wohl des Kindes eine schleunige Entscheidung erforderte, wurde eher von einem Vorrang des Vormundschaftsgerichts ausgegangen (vgl. etwa KG JR 1966, 224).

b) Nach heutigem Rechtszustand kann im Scheidungsverfahren durch einstweilige Anordnung nicht nur die Personensorge, sondern die elterliche Sorge insgesamt geregelt werden. Die Entscheidung nach § 1672 BGB obliegt nicht mehr einem anderen Gericht, sondern das Familiengericht ist, wie die Überleitungsvorschrift des § 621 Abs. 3 ZPO auch hinsichtlich früher anhängig gewordener Verfahren nach § 1672 BGB sicherstellt, für beide Entscheidungen zuständig. Die einstweilige Anordnung unterliegt den besonderen Verfahrensvorschriften der §§ 620 - 620 g ZPO, während die Entscheidung nach § 1672 BGB in einem selbständigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 621 a Abs. 1 ZPO) zu treffen ist.

c) Es ist schon zweifelhaft, ob der Antrag auf eine einstweilige Anordnung für den Elternteil, der

die Regelung der elterlichen Sorge für ein gemeinschaftliches Kind erstrebt, gegenüber dem Antrag nach § 1672 BGB den einfacheren und schnelleren Weg darstellt. Wie sich aus § 620 c ZPO ergibt, hat er keine Möglichkeit, den Rechtsmittelweg zu beschreiten, wenn das Amtsgericht zu dem Ergebnis gelangt, eine einstweilige Anordnung sei im Interesse des Kindeswohls nicht geboten (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1980, 817 m.w.N.). Hat das Gericht eine einstweilige Anordnung erlassen, aber nicht im Sinne des Antragstellers, besteht für ein Beschwerdeverfahren Anwaltszwang (vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 1981, 379 m.w.N.), während dies nicht der Fall ist, wenn die entsprechende Entscheidung im Verfahren nach § 1672 BGB ergangen ist (BGH, Beschluß vom 8. Februar 1978 - IV ZB 80/77 - NJW 1978, 1165). Daß die Anfechtungsfrist zwei Wochen beträgt (§§ 620 c, 577 ZPO) - gegenüber einer solchen von einem Monat im Verfahren nach § 1672 BGB (§§ 621 e Abs. 3, 516 ZPO) - ist von untergeordneter Bedeutung.

d) Jedenfalls sind die Ergebnisse der beiden Verfahren nicht gleichwertig. Die Übertragung der elterlichen Sorge durch eine einstweilige Anordnung stellt nur eine vorläufige Regelung dar, die auch ohne Änderung der tatsächlichen Verhältnisse nach dem Ermessen des Gerichts aufgehoben oder abgeändert werden kann, § 620 b Abs. 1 ZPO. Außerdem wird sie nach § 620 f ZPO wirkungslos, wenn das Scheidungsbegehren zurückgenommen wird oder wenn es sonst nicht zur Scheidung kommt. Wird die elterliche Sorge hingegen im Verfahren nach § 1672 BGB geregelt, ist eine Abänderung nur unter den Voraussetzungen des

§ 1696 Abs. 1 BGB möglich, also wenn triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe dafür vorliegen. Von Hinz (MünchKomm aaO Rdn. 13) wird deswegen vorgeschlagen, einen Hilfsantrag auf Entscheidung nach § 1672 BGB für den Fall als gestellt anzusehen, daß die einstweilige Anordnung gem. § 620 f ZPO ihre Wirkung verliert. Ein solches Verfahren wäre aber nicht nur umständlich, ihm stünde auch das Bedenken entgegen, daß Haupt- und Hilfsantrag gemeinhin eine im gleichen Verfahren zu treffende Entscheidung zum Ziel haben müssen. Auch das Argument der Gegenmeinung, die Entscheidung nach § 1672 BGB trage einen mit der einstweiligen Anordnung vergleichbaren vorläufigen Charakter, weil mit der Ehescheidung eine Regelung der elterlichen Sorge nach § 1671 BGB zu treffen ist, greift letztlich nicht durch. Der Entscheidung nach § 1672 BGB kommt größeres Gewicht zu, weil sie nach eingehender Ermittlung ihrer sachlichen Voraussetzungen (§ 12 FGG) getroffen wird, während für die einstweilige Anordnung eine summarische Beurteilung genügt, bei der die Glaubhaftmachung als Beweismittel zugelassen ist (§ 620 a Abs. 2 Satz 3 ZPO). Dies kann sich bei der späteren Entscheidung nach § 1671 BGB auswirken.

e) Schließlich würde ein Vorrang der einstweiligen Anordnung zu unnötigen verfahrensrechtlichen Komplikationen führen. Wird der Scheidungsrechtsstreit erst anhängig, nachdem ein Verfahren gem. § 1672 BGB eingeleitet worden ist, soll dieses von Amts wegen in ein Verfahren der einstweiligen Anordnung überzuleiten sein (OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 806). Eine entsprechende gesetzliche Regelung fehlt aber. Von einer Überleitung

spricht das Gesetz in § 623 Abs. 4 ZPO in Bezug auf die Fälle, in denen ein anderes Gericht die Sache gemäß § 621 Abs. 3 ZPO an das Gericht der Ehesache abgegeben oder verwiesen hat. Es ist nicht gerechtfertigt, eine Überleitung ohne Rücksicht auf den Willen des Antragstellers auch dann vorzunehmen, wenn es nur darum geht, in welcher Verfahrensart dasselbe Gericht zu entscheiden hat. Andererseits kann ein zulässig eingeleitetes Verfahren nicht deswegen unzulässig werden, weil sich die Möglichkeit der Erwirkung einer einstweiligen Anordnung eröffnet. Aus dem Gedanken des Verfahrensverbundes ergibt sich nichts anderes, weil er nur solche Entscheidungen betrifft, die für den Fall der Scheidung zu treffen sind (§ 623 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört die für die Dauer des Getrenntlebens zu treffende Regelung nach § 1672 BGB nicht (vgl. OLG Celle FamRZ 1978, 622).

Die Gegenmeinung kann schließlich zu verzögerlichen verfahrensrechtlichen Umwegen führen, die den Interessen der Beteiligten an einer zügigen Behandlung ihrer Sache zuwiderlaufen. Nach der angeführten Entscheidung des OLG Karlsruhe (FamRZ 1979, 1044, 1045) ist etwa eine Beschwerde gegen eine Entscheidung nach § 1672 BGB nicht mehr statthaft, wenn nach deren Erlass das Scheidungsverfahren anhängig geworden ist. Die Beteiligten sollen darauf verwiesen sein, zunächst in erster Instanz eine neue Entscheidung nach § 620 Satz 1 Nr. 1 ZPO herbeizuführen, auch wenn diese kein anderes Ergebnis haben würde.

3. Nach alledem hat das Oberlandesgericht zu Unrecht einen die Aufhebung und Zurückverweisung rechtfertigen-

den Mangel des Verfahrens des Amtsgerichts darin gesehen, daß dieses während des Scheidungsrechtsstreits eine Entscheidung nach § 1672 BGB getroffen hat. Der Vater hat am 9. Oktober 1981 einen hierauf gerichteten Antrag gestellt und damit dieses Verfahren rechtswirksam gewählt. Der angefochtene Beschluß konnte daher keinen Bestand haben. Das Oberlandesgericht wird im weiteren Verfahren in eine Sachprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung einzutreten haben.

Lohmann

Portmann

Krohn

Macke

Zysk