

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ARZ 23/92

vom

14. Oktober 1992

in der Familiensache

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 14. Oktober 1992 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Nonnenkamp, Dr. Knauber und Dr. Hahne

beschlossen:

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts wird abgelehnt.

Gründe:

I.

Durch rechtskräftiges Verbundurteil des Amtsgerichts Bamberg vom 10. Juli 1989 ist die Ehe der Eltern des Kindes geschieden und ihnen gemeinsam die elterliche Sorge für das Kind übertragen worden. Die Mutter (Antragstellerin) erstrebt, diese Regelung abzuändern und die elterliche Sorge allein ihr zu übertragen. Sie hat vorgetragen, sie habe im Oktober 1990 eine neue Ehe geschlossen und lebe mit dem Kind und ihrem jetzigen Ehemann seither in den USA. In der Annahme, der Vater (Antragsgegner) des Kindes wohne noch in R., hat die Mutter ihren Antrag an das Amtsgericht L. gerichtet. Dieses hat durch Beschluß vom 14. Mai 1992 die Mutter darauf hingewiesen, daß das Amtsgericht S. örtlich zuständig sei. Die Ausfertigung dieses Beschlusses, die dem Vater unter dessen von der Mutter angegebener Adresse formlos übersandt wurde, kam mit

- 3 -

dem postalischen Vermerk "Unbekannt verzogen" zurück. Auf Antrag der Mutter hat das Amtsgericht L. durch Beschluß vom 22. Juli 1992 das Verfahren an das Amtsgericht S. abgegeben. Dieses hat mit einer der Mutter bekanntgegebenen Verfügung vom 28. Juli 1992 die Übernahme der Sache abgelehnt und sie hilfsweise "aus wichtigem Grunde" an das Amtsgericht L. abgegeben. Mit Beschluß vom 28. August 1992 hat das Amtsgericht L. die Sache dem Bundesgerichtshof zur Bestimmung des örtlich zuständigen Familiengerichts vorgelegt, nachdem die Mutter auf gerichtliche Anfrage erklärt hatte, ihr sei der jetzige Wohnsitz des Vaters "im Moment nicht bekannt".

II.

1. Der Bundesgerichtshof ist zur Entscheidung berufen. Das Verfahren über die Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichts richtet sich gemäß § 621a Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht nach § 5 FGG, sondern nach § 36 Nr. 6 ZPO. Denn das Verfahren zur Abänderung einer Sorgerechtsregelung gemäß § 1696 Abs. 1 BGB betrifft eine Familiensache gemäß § 23b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GVG, zu deren Entscheidung das Familiengericht berufen ist (§ 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

2. Die Bestimmungen der ZPO sind auch anwendbar, obwohl die Antragstellerin und das Kind - beide deutsche Staatsangehörige - in den USA wohnen. Denn auch in Fällen mit Auslandsberührung ist für die Zuständigkeit einschließlich des Verfahrens über die Bestimmung des zuständigen Gerichts das deutsche Recht als lex fori maßgebend (Senatsbeschlüsse vom



30. November 1983 - IVb ARZ 50/83 - FamRZ 1984, 162 und vom 29. Januar 1992 - XII ARZ 1/92 - BGHR ZPO § 36 Nr. 6, Unzuständigkeitserklärung, rechtskräftige 4).

3. Die Voraussetzungen des § 36 Nr. 6 ZPO sind jedoch nicht erfüllt. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts setzt voraus, daß der Zuständigkeitsstreit nach der Mitteilung der Antragsschrift an die am Verfahren zu beteiligende Gegenpartei entsteht (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. zuletzt Beschluß vom 29. Januar 1992 aaO m.w.N.). Da im Verfahren über die Regelung der elterlichen Sorge beide Eltern gemäß § 50a FGG gehört werden müssen, ist die Mitteilung des Antrages an den Vater erforderlich, bevor über die Zuständigkeit bindend entschieden werden kann. Daran fehlt es hier. Die Mitteilung ist nicht schon deshalb entbehrlich, weil die Postanschrift des Vaters gegenwärtig nicht bekannt ist und die Mutter auf ausdrückliche Anfrage des Amtsgerichts L. hat erklären lassen, sie kenne den jetzigen Wohnsitz des Vaters "im Moment" nicht.

4. Für das weitere Verfahren wird vorsorglich auf folgendes hingewiesen:

a) Es handelt sich bei dem Änderungsverfahren gemäß § 1696 Abs. 1 BGB um ein selbständiges Verfahren, in dem die örtliche Zuständigkeit eigenständig zu bestimmen ist, so daß es nicht darauf ankommt, welches Gericht die gegenwärtig noch bestehende Sorgerechtsregelung getroffen hat (Senatsbeschluß vom 11. Juli 1990 - XII ARZ 25/90 - FamRZ 1990, 1101 m.w.N.).

b) Die Zuständigkeit richtet sich nach den §§ 43 Abs. 1, 36 FGG i.V. mit § 64 Abs. 3 Sätze 1 und 2 FGG. Die insoweit maßgeblichen Bestimmungen über Wohnsitz und Aufenthalt sind Bestandteile der verfahrensrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften, so daß für sie ebenfalls deutsches Recht als *lex fori* gilt (vgl. Senatsbeschluß vom 5. Februar 1992 - XII ARZ 4/92 - BGHR FGG § 36 Abs. 1, Zuständigkeit, örtliche 1).

Das Amtsgericht L. ist nach § 36 Abs. 1 FGG örtlich zuständig, wenn in dessen Bezirk zu dem Zeitpunkt, in dem es mit dem Änderungsantrag der Mutter befaßt wurde, das minderjährige Kind seinen Wohnsitz oder bei Fehlen eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hatte. Das Kind teilt gemäß § 11 Satz 1 BGB den Wohnsitz der sorgeberechtigten Eltern. Haben diese wie hier verschiedene Wohnsitze, so hat auch das Kind einen Doppelwohnsitz. Die Tochter Jennifer hat daher sowohl bei der Mutter in den USA wie bei dem Vater in Deutschland einen Wohnsitz.

Die für die Zuständigkeit maßgebenden Verhältnisse hat das zuerst mit der Sache befaßte Gericht von Amts wegen aufzuklären (vgl. Senatsbeschluß vom 21. August 1991 - XII ARZ 17/91 - FamRZ 1992, 49). Das Amtsgericht L. muß daher Ermittlungen zu der Frage anstellen, ob der Vater seinen bisherigen Wohnsitz in R. endgültig aufgegeben hat oder ob er nur innerhalb des Bezirks umgezogen ist. Der Umstand, daß ein Brief mit dem Vermerk, der Empfänger sei unbekannt verzogen, zurückgekommen ist, reicht grundsätzlich nicht aus, da hierfür verschiedene Ursachen in Betracht kommen können. Es werden vielmehr Erkundigungen bei

der Einwohnermeldestelle ebenso erforderlich sein wie Auskünfte der Mutter (Antragstellerin) über die Art der beruflichen Tätigkeit des Vaters, über einen eventuellen Arbeitgeber und dessen Anschrift, über bestehende Versicherungsverhältnisse oder sonstige Anhaltspunkte, aus denen auf den Aufenthalt des Vaters Rückschlüsse möglich sind. Wenn sich aus den Ermittlungen ergibt, daß der Vater anderswo im Inland einen Wohnsitz hat, kommt nach Mitteilung der Antragsschrift eine Verweisung gemäß § 281 ZPO in Betracht. Das Amtsgericht S. ist dagegen nicht zuständig, solange nicht feststeht, daß der Vater in Deutschland keinen Wohnsitz mehr hat.

Blumenröhr

Nonnenkamp