

BUNDESGERICHTSHOF

XII ARZ 26/90

BESCHLUSS

in der Familiensache

betreffend die Regelung der elterlichen Sorge für die
ehelichen Kinder

1. Jessica P [REDACTED], geboren am [REDACTED]. [REDACTED] 1982,
2. Marion P [REDACTED], geboren am [REDACTED]. [REDACTED] 1985,
3. Stefanie P [REDACTED], geboren am [REDACTED]. [REDACTED] 1988,

Mutter: Monika P [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED], O [REDACTED],

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwalt [REDACTED], S [REDACTED]-
deich [REDACTED], B [REDACTED]/U [REDACTED],
Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED],
R [REDACTED] Straße [REDACTED], Be [REDACTED] -

Vater: Friedrich P [REDACTED], Alt-L [REDACTED] [REDACTED], Be [REDACTED] [REDACTED],

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und
[REDACTED], Bu [REDACTED]allee [REDACTED],
Be [REDACTED] [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den
Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann,
Dr. Blumenröhr, Nonnenkamp und Dr. Knauber

am 11. Juli 1990

beschlossen:

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts wird
abgelehnt.

Gründe:

I.

Die beteiligten Eltern leben seit dem 16. März 1990
getrennt. Zu diesem Zeitpunkt verließ die Mutter den eheli-
chen Wohnsitz in Berlin und verzog mit den drei gemeinsamen
Kindern nach Ov., Amtsgerichtsbezirk Brake/Unterweser,
später von dort weiter nach Ol.. Am 17. März 1990 beantragte
sie bei dem Amtsgericht - Familiengericht - Charlottenburg,
ihr das Recht der elterlichen Sorge für die Kinder und - im
Wege einer einstweiligen Anordnung - das Aufenthaltsbestim-
mungsrecht zu übertragen. Wenige Tage später stellte der
Vater bei demselben Gericht gegenläufige Anträge. Am
23. März 1990 suchte die Mutter bei dem Amtsgericht Brake/
Unterweser um Prozeßkostenhilfe für einen Antrag auf Über-
tragung der elterlichen Sorge auf sie während des Getrennt-
lebens nach. Das Amtsgericht bewilligte die erbetene Pro-
zeßkostenhilfe.

- 3 -

Mit Schreiben vom 4. Mai 1990 bat das Amtsgericht Charlottenburg, binnen einer Woche mitzuteilen, "ob Verweisungsantrag an das zuständige Familiengericht in Brake/Utw. gestellt" werde. Die Bevollmächtigten des Vaters lehnten das ab, die der Mutter äußerten sich nicht. Gleichwohl erklärte sich das Amtsgericht Charlottenburg mit Beschluß vom 28. Mai 1990, der den Beteiligten mitgeteilt wurde, für örtlich unzuständig und verwies das Verfahren zuständigkeitshalber an das Amtsgericht - Familiengericht - Brake/Unterweser, weil die Mutter mit den Kindern zur Zeit der Antragstellung ihren Wohnsitz in Ov. gehabt habe.

Das Amtsgericht Brake/Unterweser hat dem Bundesgerichtshof die Akten mit der Bitte um Bestimmung des zuständigen Gerichts vorgelegt. Es hält den Verweisungsbeschluß des Amtsgerichts Charlottenburg nicht für bindend.

II.

1. Über die Regelung der elterlichen Sorge während des Getrenntlebens der Eltern hat nach § 1672 Satz 1 i.V. mit § 1671 Abs. 1 BGB das Familiengericht zu entscheiden. Es handelt sich daher um eine Familiensache nach § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Damit richtet sich das Verfahren über die Bestimmung des zuständigen Gerichts nicht nach § 5 FGG, sondern nach § 36 ZPO (§ 621a Abs. 1 ZPO). Der Bundesgerichtshof wäre danach zur Entscheidung berufen.



2. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts setzt jedoch nach § 36 Nr. 6 ZPO voraus, daß sich die beteiligten Gerichte rechtskräftig für unzuständig erklärt haben. Das hat das Amtsgericht Brake/Unterweser nicht getan. Eine ausdrückliche Unzuständigerklärung dieses Gerichts fehlt. Der Verfügung, mit der es die Akten dem Bundesgerichtshof zur Bestimmung des zuständigen Gerichts vorgelegt hat, läßt sich auch nicht hinreichend sicher entnehmen, daß es sich für unzuständig hält. Vielmehr ist nicht auszuschließen, daß es irrigerweise von einer Zuständigkeit beider beteiligten Amtsgerichte ("Doppelzuständigkeit") ausgegangen ist, die zu einer Vorlage an den Bundesgerichtshof nötige (vgl. seine Hinweise vom 10. Mai 1990, Bl. 34, 35 der Gerichtsakten).

III.

1. Der Senat weist vorsorglich darauf hin, daß das Amtsgericht Brake/Unterweser zuständig ist, da es gemäß § 281 Abs. 2 Satz 2 ZPO an den Verweisungsbeschuß des Amtsgerichts Charlottenburg gebunden ist. Zu den nach § 621a Abs. 1 Satz 2 ZPO in Familiensachen anzuwendenden zivilprozessualen Vorschriften gehört auch § 281 ZPO (vgl. BGHZ 71, 15). Daß die Verweisung ohne einen darauf gerichteten Antrag eines der beteiligten Elternteile sowie im schriftlichen Verfahren ohne dahingehende Einwilligungen erfolgt ist, läßt die Bindungswirkung nicht entfallen. Auch Verweisungsbeschlüsse, die auf Verfahrensmängeln beruhen und deshalb rechtsfehlerhaft sind, sind grundsätzlich wirksam. Ausnahmen gelten bei einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. BGHZ 1, 341, 342; 71, 69, 72; 102, 338, 341; BGH

Beschluß vom 13. März 1964 - Ib ARZ 44/64 - NJW 1964, 1416, 1418); ein solcher Verstoß ist dem Amtsgericht Charlottenburg aber nicht unterlaufen.

Allerdings hat das Amtsgericht Charlottenburg anscheinend nicht erkannt, daß die Kinder mit der Trennung der Eltern einen von beiden Elternteilen abgeleiteten Doppelwohnsitz haben (§ 7 Abs. 2, § 11 BGB; vgl. BGHZ 48, 228, 233 ff.), von denen einer im Bezirk dieses Amtsgerichts liegt. Die Verkennung der daraus resultierenden örtlichen Zuständigkeit des Gerichts, das als erstes mit der Sache befaßt ist (§ 621a Abs. 1 ZPO; §§ 64k Abs. 3 Satz 2, 43 Abs. 1, 36 Abs. 1, § 4 FGG; vgl. Senatsbeschluß vom 30. November 1983 - IVb ARZ 50/83 - FamRZ 1984, 162 = NJW 1984, 971 m.w.N.), hindert jedoch ebenfalls nicht die bindende Kraft des Verweisungsbeschlusses. Der Beschluß entbehrt insoweit trotz sachlicher Unrichtigkeit nicht jeglicher Rechtsgrundlage und erweist sich deshalb noch nicht als willkürlich (vgl. BGHZ 71, 69, 72 m.w.N.). Es ist gerade der Sinn der Bindungswirkung, die Frage der örtlichen Zuständigkeit dem weiteren Streit zu entziehen, selbst wenn sie fehlerhaft beantwortet worden ist.

2. Ob eine Abgabe des Verfahrens gemäß § 46 FGG nach Ol. in Betracht kommt, weil die Mutter inzwischen mit den Kindern ihren Wohnsitz von Ov. nach Ol. verlegt hat, hat der Senat nicht zu entscheiden. Wenn sich die Gerichte insoweit nicht einigen, ist das nach § 46 Abs. 2 FGG zuständige Oberlandesgericht zur Entscheidung berufen.

Lohmann

Portmann