

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ARZ 27/93

vom

3. November 1993

in der Familiensache

Katharina N [REDACTED] - S [REDACTED], A [REDACTED] stra-
ße [REDACTED], E [REDACTED],

Antragstellerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED],
[REDACTED] -

gegen

Michael S [REDACTED], H [REDACTED] A [REDACTED] B [REDACTED] Hu [REDACTED]

Antragsgegner,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und [REDACTED],
St [REDACTED] straße [REDACTED], K [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. November 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Nonnenkamp, Dr. Knauber und Gerber

beschlossen:

Zuständig ist das Amtsgericht Eschwege.

Gründe:

I.

Die Parteien sind getrenntlebende Eheleute. Der Ehemann lebt in der früheren Ehewohnung. Die Ehefrau lebt bei ihren Eltern in Es.. Die Parteien haben zwei Kinder, die am 6. Februar 1987 geborene I. und die am 17. August 1992 geborene E.. Nach der Trennung blieb im Einvernehmen der Parteien die Tochter I. beim Vater, die Tochter E. nahm die Ehefrau mit zu ihren Eltern nach Es..

Am 23. August 1993 beantragte die Ehefrau zu Protokoll des Amtsgerichts Westerbург, in dessen Bezirk die Wohnung des Ehemannes liegt, ihr für die Dauer des Getrenntlebens die elterliche Sorge für die beiden Kinder und einstweilen - bis zur Entscheidung über diesen Antrag - das Aufenthaltsbestimmungsrecht über das Kind I. zu übertragen. Am 24. August 1993 stellte die Ehefrau - lediglich bezüglich der Übertragung der elterlichen Sorge - einen gleichlautenden Antrag bei dem für ihren Wohnsitz zuständigen Amtsge-

- 3 -

richt Eschwege. Ab dem 27. August 1993 hielt sich das Kind I. im Einverständnis mit dem Ehemann zu einem Wochenendbesuch bei der Ehefrau in Es. auf. Diese brachte das Kind entgegen der Vereinbarung nicht zurück. Seither lebt es in Es..

Mit Schriftsatz seiner Prozeßbevollmächtigten vom 30. August 1993 beantragte der Ehemann beim Amtsgericht Westerbург, ihm für die Dauer des Getrenntlebens die elterliche Sorge für die Tochter I. und - bis zur Entscheidung über diesen Antrag - das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu übertragen. Mit Schriftsatz seiner Prozeßbevollmächtigten vom 31. August 1993 beantragte er außerdem, der Antragstellerin aufzugeben, "bis zur endgültigen Entscheidung die Tochter I. an den Antragsgegner herauszugeben".

Durch Beschluß vom 1. September 1993 hat das Amtsgericht Westerbург die Anträge beider Parteien, bis zur Entscheidung über das elterliche Sorgerecht einstweilige Anordnungen zu erlassen, zurückgewiesen, weil es örtlich nicht zuständig sei. Durch Verfügung vom 1. September 1993 hat es die Sache an das Amtsgericht Eschwege abgegeben mit der Begründung, die Antragstellerin wohne mit ihren beiden Kindern in Es.. Durch Beschluß vom 6. September 1993 hat sich das Amtsgericht - Familiengericht - Eschwege für örtlich unzuständig erklärt und die Sache an das Familiengericht Westerbург zurückgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, bei dem Amtsgericht Westerbург sei zuerst ein Verfahren eingeleitet worden, das denselben Streitgegenstand habe wie das einen Tag später beim Amtsgericht Eschwege eingeleitete Verfahren. Durch Beschluß vom 16. September



1993 hat das Amtsgericht Westerbург sich ebenfalls für örtlich unzuständig erklärt und die Übernahme des Verfahrens abgelehnt. Es hat die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Der Bundesgerichtshof ist als das nächsthöhere Gericht zur Entscheidung berufen, da es sich um eine Familiensache i.S. von § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO handelt und sich das Verfahren zur Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichtes daher nicht nach § 5 FGG, sondern - in entsprechender Anwendung - nach § 36 Nr. 6 ZPO richtet (§ 621a Abs. 1 ZPO).

Die Voraussetzungen des § 36 Nr. 6 ZPO sind gegeben. Beide beteiligten Familiengerichte haben jeweils durch den Parteien bekanntgemachte Entscheidung ausgesprochen, daß sie sich für unzuständig halten.

III.

Zuständig ist das Amtsgericht Eschwege. An dessen Abgabebeschluß vom 6. September 1993 ist das Amtsgericht Westerbург nicht gebunden. Zwar ist § 281 ZPO an sich in Verfahren der vorliegenden Art entsprechend anwendbar (BGH, Beschluß vom 22. Februar 1978 - IV ARZ 10/78 - NJW 1978, 888). Die Bindungswirkung nach § 281 ZPO tritt aber ausnahmsweise nicht ein, wenn die Verweisung - wie im vorliegenden Fall - erfolgt ist, ohne daß den Beteiligten vorher

rechtliches Gehör gewährt worden ist (BGHZ 71, 69, 72; Zöl-
ler/Greger, ZPO 18. Aufl., § 281 Rdn. 18 m.w.N.). Das Amts-
gericht Eschwege hat, bevor es die Sache an das Wohnsitzge-
richt des Antragsgegners abgegeben hat, jedenfalls die An-
tragstellerin zur Frage der Zuständigkeit nicht angehört.

Ob umgekehrt das Amtsgericht Eschwege analog § 281 ZPO
an die Abgabeverfügung des Amtsgerichts Westerbург gebunden
ist, kann dahingestellt bleiben. Auch wenn eine solche Bin-
dungswirkung nicht besteht, ist das Amtsgericht Eschwege
nach den allgemeinen Vorschriften zuständig. Die örtliche
Zuständigkeit richtet sich dann nach dem Wohnsitz des Kin-
des bzw. der Kinder zum Zeitpunkt der Antragstellung
(§§ 621a Abs. 1 ZPO, 64 Abs. 3, 36 Abs. 1, 43 Abs. 1 FGG;
vgl. Senat aaO NJW-RR und Zöllner/Philippi, aaO § 621a
Rdn. 52). Nach § 11 BGB teilt ein minderjähriges Kind den
Wohnsitz seiner Eltern. Trennt sich ein Ehegatte von dem
anderen und begründet einen neuen Wohnsitz, so vermittelt
er an sich dem Kind zusätzlich einen weiteren Wohnsitz,
wenn das Personensorgerecht - wie bisher im vorliegenden
Fall - ihm zusammen mit dem anderen Ehegatten zusteht (BGH,
NJW-RR aaO m.N.). Hat das Kind auf diese Weise einen zwei-
ten Wohnsitz, so kann der Antragsteller zwischen den Ge-
richten, die für die beiden Wohnsitze örtlich zuständig
sind, wählen (BGH, NJW-RR aaO). Anders ist es, wenn die ge-
trenntlebenden Ehegatten sich einigen, daß ein Kind entwe-
der beim Vater oder bei der Mutter bleiben soll. In diesem
Falle begründen die beiden gemeinsam Sorgeberechtigten ein-
vernehmlich einen alleinigen Wohnsitz des Kindes (vgl. Se-
natsbeschuß vom 29. Januar 1992 - XII ARZ 1/92 - BGHR FGG
§ 36 Abs. 1 Elterliche Sorge 1 m.N.). Auf diese Weise haben

die Antragstellerin und der Antragsgegner einvernehmlich für das ältere Kind I. einen alleinigen Wohnsitz beim Vater und für das jüngere Kind E. bei der Mutter begründet. Zuständig für die Sorgerechtsregelung beider Geschwister ist dann das Amtsgericht, das für den Wohnsitz des jüngsten Kindes zuständig ist (§§ 43 Abs. 1, 36 Abs. 1 Satz 2 FGG). Das ist hier das Amtsgericht Eschwege, in dessen Bezirk das Kind E. seinen Wohnsitz hat.

Blumenröhr

Krohn

Nonnenkamp

Knauber

Gerber