
Datum: 18.11.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: II-2 SAF 21/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:1118.II2SAF21.11.00

Vorinstanz: Amtsgericht Warstein, 3a F 244/11

Tenor:
Der Senat lehnt eine Entscheidung ab.

Gründe: 1

I. 2

Der Antragsteller begehrt die Scheidung der am 25.8.2000 zwischen den Beteiligten geschlossenen Ehe. 3

Die Eheleute haben sich am 1.10.2011 voneinander getrennt. An diesem Tag ist die Ehefrau mit den drei gemeinsamen Kindern D (geb. am 1.4.2002), S (geb. am 24.6.2003) und G (geb. am 9.9.2007) aus der gemeinsamen Ehewohnung in X ausgezogen und – nach einem vorübergehenden Aufenthalt bei ihren Eltern in C - in eine eigene Mietwohnung nach C verzogen, wo die beiden älteren Kinder inzwischen die Grundschule besuchen. 4

Nach Erteilung eines rechtlichen Hinweises auf die vom Amtsgericht angenommene örtliche Unzuständigkeit an die Beteiligten hat das Familiengericht in Warstein das Verfahren durch Verfügung vom 14.10.2011 formlos an das von ihm für zuständig gehaltene Amtsgericht – Familiengericht – Brilon mit der Bitte um Übernahme übersandt. Das Amtsgericht – Familiengericht – Brilon hat die Übernahme durch förmlichen, den Beteiligten bekannt gegebenen Beschluss vom 19.10.2011 abgelehnt und die Akten dem Amtsgericht Warstein zurückgesandt. Mit den Beteiligten nicht bekannt gegebener Verfügung hat das Amtsgericht – Familiengericht – Warstein die Akten dem Senat vorgelegt mit der Bitte um Zuständigkeitsbestimmung. 5

In vergleichbarer Weise ist von den beteiligten Amtsgerichten mit einem vom Ehemann am 10.10.2011 anhängig gemachten Verfahren auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge betreffend die gemeinsamen Kinder (3a F 243/11 AG Warstein) und mit seinem Antrag auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts für die Kinder im Wege der einstweiligen Anordnung im Verfahren 3a F 242/11 vor dem Amtsgericht Warstein verfahren worden, die bereits Gegenstand von Entscheidungen des Senats über die gerichtliche Zuständigkeit in den Verfahren 2 SAF 19/11 und 2 SAF 20/11 waren.

II.	7
1)	8
Die Voraussetzungen nach § 5 I FamFG, unter denen der Senat in einem Streit zwischen zwei Familiengerichten zur Entscheidung über die örtliche Zuständigkeit berufen ist, liegen nicht vor.	9
In Betracht kommt nur eine Zuständigkeitsbestimmung nach § 5 I Zi. 4 FamFG. Danach hat der Senat das zuständige Gericht zu bestimmen, wenn sich verschiedene Gerichte, von denen eines für das Verfahren zuständig ist, rechtskräftig für unzuständig erklärt haben. Eine bloße Übersendung der Akten an ein anderes Gericht reicht nicht aus (vgl. Keidel-Sternal, FamFG, 17. Aufl., § 5 Rn. 25 m. W. N.).	10
Diesen Anforderungen wird die Verfügung des Amtsgerichts – Familiengericht – Warstein vom 14.10.2011 nicht gerecht, denn sie enthält lediglich die Anordnung der Übersendung der Akten an das Amtsgericht Brilon und den Hinweis an die Beteiligten auf die zuvor bereits mitgeteilte Annahme der örtlichen Unzuständigkeit des Amtsgerichts Warstein. Eine – über die bloße Stellungnahme zur Frage der örtlichen Zuständigkeit hinausgehende - rechtskräftige Erklärung der Unzuständigkeit kann daraus nicht zweifelsfrei entnommen werden.	11
Auch die Verfügung, mit der das Amtsgericht Warstein die Akten zur Entscheidung über die örtliche Zuständigkeit an den Senat versandt hat, stellt keine rechtskräftige Unzuständigkeitserklärung dar, denn sie ist den Beteiligten nicht bekannt gemacht worden (vgl. Senat, FamRZ 2008, 2040 f.).	12
2)	13
Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts – Familiengericht – Brilon gegeben sein dürfte.	14
Gem. den §§ 121 Nr. 1, 122 Nr. 1 FamFG ist für die Durchführung des Scheidungsverfahrens in erster Linie dasjenige Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk einer der Ehegatten mit den gemeinschaftlichen minderjährigen Kindern seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Erst, wenn die Voraussetzungen für eine örtliche Zuständigkeit nach dieser Vorschrift oder nach der Regelung in § 122 Nr. 2 FamFG nicht festgestellt werden können, ist gem. § 122 Nr. 3 FamFG dasjenige Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk die Ehegatten ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt haben, wenn einer von ihnen bei Eintritt der Rechtshängigkeit im Bezirk dieses Gerichts noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.	15
Vorliegend scheinen die Voraussetzungen des § 121 Nr. 1 FamFG erfüllt.	16
Die Ehefrau hat durch ihren Auszug mit den drei gemeinsamen Kindern aus der Ehewohnung und durch ihren Umzug nach C am 1.10.2011 ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bezirk des	17

Amtsgerichts Brilon begründet. Gewöhnlicher Aufenthalt ist der Ort des tatsächlichen Lebensmittelpunktes einer Person, d. h. der Ort, der faktisch (nicht rechtlich) Schwerpunkt seiner sozialen und wirtschaftlichen Beziehungen darstellt und auf Dauer angelegt ist (vgl. Keidel-Sternal, FamFG, a. a. O., § 3 Rz. 8 m. w. N.; Zöller-Philippi, ZPO, 28. Aufl., § 122 FamFG, Rz. 3 f. m. w. N.). Die Voraussetzungen für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts an ihrem Wohnort in C sind bei der Ehefrau dadurch eingetreten, dass sie die Ehewohnung mit dem Ziel, sich dauerhaft von ihrem Ehemann zu trennen, verlassen hat und durch den Abschluss des Mietvertrages für ihre Mietwohnung in C belegt hat, dass sie ihren Lebensmittelpunkt dauerhaft an ihrem neuen Wohnort begründen will. Anhaltspunkte dafür, dass es sich dabei nur um eine vorübergehende Begründung eines neuen Wohnsitzes der Ehefrau handelt, bestehen nicht. Hinzu kommt, dass ihre Eltern ebenfalls in C wohnen, wodurch ihre soziale Anbindung an den neuen Wohnort verstärkt wird.

Dem steht nicht entgegen, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt auch der gemeinsamen Kinder am Wohnort ihrer Mutter derzeit noch nicht festgestellt werden kann. 18

Die den gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder am Wohnort ihrer Mutter begründenden Zweifel bestehen – wie der Senat in den, den Beteiligten zugestellten Beschlüssen vom 8.11.2011 in den Verfahren 2 SAF 19/11 und 2 SAF 20/11 ausgeführt hat – ausschließlich darin, dass der Aufenthalt der Kinder im Haushalt der Mutter in C bislang erst von kurzer Dauer ist und wegen des noch offenen Ausgangs des Eilverfahrens zum Aufenthaltsbestimmungsrecht ein dauerhafter Verbleib der Kinder in ihrem Haushalt noch nicht prognostiziert werden kann. Eine entsprechende Prognose erscheint für die Anwendung der Zuständigkeitsregel des § 122 Nr. 1 FamFG jedoch nicht erforderlich, da diese Vorschrift alleine auf den gewöhnlichen Aufenthalt des die Kinder betreuenden Ehegatten abstellt. Danach erscheint es ausreichend, dass die gemeinsamen minderjährigen Kinder im Haushalt ihrer Mutter wohnen, unabhängig davon, ob dadurch bereits ein gewöhnlicher Aufenthalt der Kinder begründet worden ist oder nicht (vgl. auch: Keidel-Weber, FamFG, a. a. O., § 122 Rz. 4). Das folgt sowohl aus dem eindeutigen Wortlaut der Zuständigkeitsregel des § 122 FamFG, der nur in seiner Ziffer 2 auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes abstellt, in Ziffer 1 aber auf denjenigen des mit dem Kind zusammenlebenden Ehegatten, sowie aus dem Sinn der Vorschrift. Der Zweck des § 122 Nr. 1 FamFG, eine möglichst frühzeitige Zusammenführung der Ehesache mit den Kindschaftssachen zu bewirken und dadurch die Mitarbeit des örtlich zuständigen Jugendamts zu erleichtern, würde verfehlt, wenn im Falle des Auszuges eines Ehegatten mit den gemeinsamen Kindern aus der Ehewohnung für die Begründung der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts der Ehesache am Aufenthaltsort der Kinder zunächst zugewartet werden müsste, bis sich der Verbleib der Kinder bei dem betreffenden Elternteil als dauerhaft herausstellt. 19

3) 20

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass sich die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts – Familiengericht – Brilon für die beiden Verfahren zur elterlichen Sorge und zur Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Wege der einstweiligen Anordnung, abweichend von seinen Ausführungen in den Beschlüssen vom 8.11.2011 (2 SAF 19/11 und 2 SAF 20/11), aus § 152 Abs. 1 FamFG im Wege der Zuständigkeitskonzentration am Gerichtsort der Ehesache ergeben dürfte. 21

