
Datum: 12.03.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: II-21 AR 1/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0312.II21AR1.12.00

Vorinstanz: Amtsgericht Siegburg, 326 F 69/11 und 11 F 4417/11 (AG B-Pankow/Weißensee)

Tenor:
Das Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee wird als das zuständige Gericht bestimmt.

Gründe: 1

I. 2

Der Antragsteller ist der leibliche Vater des am 00.00.2010 geborenen Kindes M B T, das aus einer nichtehelichen Beziehung mit der Antragsgegnerin hervorgegangen ist. Am 23.09.2010 hatte der Antragsteller bei Jugendamt B2 die Vaterschaft für M B T anerkannt. Weiter haben beide Beteiligten an diesem Tag gemeinsame Sorgerechtsklärungen abgegeben. 3

Die Antragsgegnerin, die zuvor in C gelebt hatte, war im Juli 2010 versuchsweise zu dem in B2 lebenden Antragsteller gezogen. Nach der Geburt des Kindes verbrachte sie die Zeit vom 14.09.2010 bis 26.09.2010, 15.11.2010 bis 20.12.2010 und 09.01.2011 bis 26.01.2011 gemeinsam mit M B T in der Wohnung des Antragstellers, bevor sie sich endgültig von ihm trennte und mit dem Kind wieder nach C in ihre alte Wohnung zurückzog, die sie während ihres Aufenthalts in B2 weiterhin beibehalten und in der sie auch in der übrigen Zeit mit dem Kind gelebt hatte. 4

Mit Schriftsatz vom 01.05.2011 hat der Antragsteller bei Amtsgericht - Familiengericht - Siegburg begehrt, dass sein Umgang mit seiner Tochter M B T im Wege einer einstweiligen Anordnung gerichtlich geregelt wird. 5

Das Amtsgericht - Familiengericht - Siegburg hat sich mit Beschluss vom 18.05.2011 für örtlich unzuständig erklärt und das Verfahren nach vorheriger Anhörung der beteiligten Kindeseltern und auf ausdrücklichen Antrag der Antragsgegnerin an das Amtsgericht Pankow/Weißensee verwiesen, da die Kindesmutter mit dem Kleinkind dort ihren Wohnsitz habe.

Mit Schriftsatz vom 28.06.2011 hat der Antragsteller beim Kammergericht C ein sofortige Beschwerde eingelegt, mit der er gerügt hat, dass über seinen mit Schriftsatz vom 25.05.2011 gestellten Antrag auf Zurückverweisung an das Amtsgericht Siegburg nicht entschieden worden sei. An diesem Rechtsmittel hat der Antragsteller nach gerichtlichen Hinweisen des Kammergerichts gemäß einer mit Schriftsatz vom 18.07.2011 abgegebenen Erklärung nicht mehr festhalten.

Das Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee hat sodann nach vorheriger Anhörung der Beteiligten mit Beschluss vom 31.08.2011 das Verfahren nach § 154 FamFG an das Amtsgericht Siegburg verwiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorlägen und dass das Gericht die Notwendigkeit sehe, von dieser Verweisungsmöglichkeit Gebrauch zu machen. Das Kind M habe seinen gewöhnlichen Aufenthalt ursprünglich im Sprengel des Amtsgerichts Siegburg gehabt. Dem stehe die Einlassung der Kindesmutter, hierher nur probeweise gezogen zu sein, nicht entgegen. Ein Aufenthalt des Kindes im Zeitpunkt der Geburt bis zum Rückzug der Mutter nach C habe schon logischer Weise keinesfalls in C begründet werden können, wo das Kind in seinem ersten Lebensmonat nie gelebt habe. Vielmehr habe die Kindesmutter für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes bei dessen Geburt auch der Zustimmung des Vaters bedurft. Die Verweisung erscheine aus den gesetzgeberischen Motiven, dem unerlaubt wegziehenden Elternteil keinen deutlichen Vorteil zu verschaffen, notwendig. Sämtliche zwischen den Eltern streitigen Angelegenheiten, insbesondere die Notwendigkeit, ihre Elternschaft in einer Beratung für die Zukunft zu klären, sollten vor dem ursprünglichen Wohnortgericht des Kindes geklärt werden. Der Verweisung stehe – entgegen der vom Gericht ursprünglich selbst vertretenen Ansicht – auch nicht die Bindungswirkung der Verweisung durch das Amtsgericht - Familiengericht - Siegburg entgegen, da eine Verweisung nach § 154 FamFG keine Rückverweisung betreffend die örtliche Zuständigkeit sei.

Das Amtsgericht - Familiengericht - Siegburg hat die ihm übersandten Akten mit Verfügung von 20.09.2011 an das Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee mit dem Hinweis zurückgesandt, dass es die Verweisung gemäß § 154 FamFG nicht als bindend ansehe, da die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorlägen. Der Kindesvater sei nicht Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts betreffend das Kind M. Die Übersendung der Akten an das Amtsgericht C ist den Beteiligten durch das Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee mitgeteilt worden, das die Akte mit Verfügung vom 05.03.2012 dem Oberlandesgericht mit der Bitte um Entscheidung über die Zuständigkeit gemäß § 5 FamFG vorgelegt hat.

II.

1. Der Senat ist zur Bestimmung des zuständigen Gerichts gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG befugt, weil sich sowohl das Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee als auch das Amtsgericht – Familiengericht – Siegburg für unzuständig erklärt haben und da der Bundesgerichtshof bei den beiden um die Zuständigkeit streitenden Familiengerichten Pankow/Weißensee und Siegburg das nächsthöhere gemeinsame Gericht wäre. Als das Oberlandesgericht, zu dessen Bezirk das zuerst mit der Sache befasste Amtsgericht -

Familiengericht - Siegburg gehört, ist das Oberlandesgericht Köln nach § 5 Abs. 2 FamFG zur Bestimmung des zuständigen Gerichts berufen.

Hinsichtlich der wechselseitigen Unzuständigkeitserklärungen ist zunächst davon auszugehen, dass die Verweisung des Verfahrens an das Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee durch den Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Siegburg vom 18.05.2011 nicht im Streit ist. Auch wenn dieser Beschluss damit begründet worden ist, dass im Bezirk des Amtsgerichts - Familiengericht - Pankow/Weißensee „die Kindesmutter mit dem Kleinkind dort ihren Wohnsitz“ habe, beruht diese Entscheidung auf einer zutreffenden Anwendung von § 152 Abs. 2 FamFG, der für die Zuständigkeit auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes abstellt. Zum gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes M B T hatte der Senat in der den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den Kindesvater betreffenden Parallelsache 21 AR 5/11 mit Beschluss vom 30.05.2011 bereits ausgeführt:

12

„Örtlich zuständig ist gem. § 152 Abs.2 FamFG aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes bei der Antragsgegnerin unter der Anschrift „T2, C“ das Amtsgericht – Familiengericht – Pankow/Weißensee. Der gewöhnliche Aufenthaltsort eines Kindes liegt dort, wo es sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass es an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt, und wo der Schwerpunkt seiner persönlichen Bindungen liegt (BGH FamRZ 1997 S.1070; OLG Hamm Beschluss v. 13.07.2010 Az. 2 SdB (FamS) Zust 21/10 in juris Rn.8 Zöller/Philippi, ZPO 28. Aufl. § 122 FamFG Rn.12). Ein Kleinkind hat denselben gewöhnlichen Aufenthalt, wie die Person, die es ständig betreut (OLG Schleswig FamRZ 2000 S.1426 f; Zöller/Philippi a.a.O. § 122 FamFG Rn.12). Im Allgemeinen ist das Umfeld eines Kindes von geringem Alter weitgehend ein familiäres Umfeld, das durch die Bezugsperson oder –personen bestimmt wird, mit denen das Kind zusammenlebt, die das Kind täglich betreuen und die für es sorgen. Ist das betreffende Kind ein Säugling, teilt es zwangsläufig das soziale und familiäre Umfeld des Personenkreises, auf den es angewiesen ist. Wird das Kind – wie hier – tatsächlich von seiner Mutter betreut, ist deren Integration in ihr soziales und familiäres Umfeld zu beurteilen (vgl. EuGH, Urteil v. 22.12.2010, Rs. C-497/10 FamRZ 2011 S.617). Tatsächlich betreuende Person ist nach diesen Grundsätzen die in C wohnhafte Antragsgegnerin. Letztere hat seit der Geburt des Kindes im September 2010 bis Ende des Jahres 2010 mehrere Wochen in ihrer beibehaltenen früheren Wohnung an der Anschrift „T2 in C“ verbracht und ist nach der Trennung von dem Antragsteller Ende Januar 2011 mit dem Kind dahin zurückgegangen, mit der Absicht, fortan dort zu leben. Dass die Antragstellerin ihre Wohnung in C auch nach der Geburt ihres Kindes und der aufgenommenen Beziehung zum Antragsteller beibehalten, sich dort in der Folgezeit bis Ende Dezember 2010 - wenn auch mit zeitlichen Unterbrechungen - über mehrere Wochen sowie ab Ende Januar 2010 nach der endgültigen Trennung vom Antragsteller ununterbrochen aufgehalten und den Hauptwohnsitz dort gemeldet hat, lässt den Schluss zu, dass ihr Aufenthalt in C zusammen mit dem Kind bereits mit dem endgültigen Rückgang dorthin auf längere Zeit angelegt ist, künftig der Daseinsmittelpunkt des Kindes in C liegen soll und sein gewöhnlicher Aufenthalt mit dem Umzug nach C sowie der anschließenden Lebensführung dort begründet worden ist. Die für den gewöhnlichen Aufenthalt i.S.d. § 152 Abs. 2 FamFG erforderliche nicht nur geringe oder vorübergehende Dauer bedeutet nicht, dass im Falle eines Wechsels des Aufenthaltsorts ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt immer erst nach Ablauf einer entsprechenden Zeitspanne begründet werden könnte und bis dahin der frühere gewöhnliche Aufenthalt fortbestehen würde. Der gewöhnliche Aufenthalt an einem Ort wird vielmehr grundsätzlich schon dann begründet, wenn sich – wie hier – aus den Umständen ergibt, dass der Aufenthalt an diesem Ort auf längere Zeit angelegt ist und der neue Aufenthaltsort künftig anstelle des bisherigen Daseinsmittelpunkt sein soll (BGH FamRZ

13

Das Amtsgericht – Familiengericht – Siegburg hatte gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 FamFG von Amts zu prüfen, ob es zur Behandlung und Entscheidung der vorliegenden Angelegenheit berufen ist, da die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zwingende Verfahrens voraussetzung ist (Keidel/Sternal, FamFG 16. Aufl. § 3 Rn.32). Soweit das Amtsgericht seine örtliche Unzuständigkeit – wie ausgeführt – zu Recht verneint, die Beteiligten darauf hingewiesen und die Antragsgegnerin die Verweisung des Verfahrens an das örtlich zuständige Amtsgericht Pankow/Weißensee beantragt hat, waren die gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 FamFG für eine Verweisung erforderlichen formellen Voraussetzungen gegeben. Ein Verweisungsantrag der Antragstellers war hierzu nicht erforderlich (Zöller/Geimer a.a.O. § 3 FamFG Rn.2; Prütting/Helms, FamFG 2009 § 3 FamFG Rn. 16; OLG Celle NJW 1970 S. 1011).“ 14

Diese Ausführungen gelten vollumfänglich auch für das vorliegende Verfahren. Die für die Anwendung von § 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG maßgeblichen Verneinungen der eigenen Zuständigkeit sind in dem den Beteiligten jeweils zugesandten Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Pankow/Weißensee vom 31.08.2011 und der mit Verfügung des Amtsgerichts - Familiengericht - Siegburg vom 20.09.2011 verweigerten Übernahme und Aktenrücksendung zu sehen. Insoweit kann eine Unzuständigkeitserklärung nicht nur durch Urteil oder förmlich durch Beschluss ausgesprochen werden. Im Interesse einer raschen Klärung negativer Kompetenzkonflikte sind die Vorschriften über die gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit entsprechend anzuwenden, wenn verschiedene mit der Sache befasste Gerichte ihre Kompetenz ohne förmlichen Beschluss leugnen (vgl. BGH BGHZ 71, 264, 271 f; BGHZ 104, 363, 366; OLG Brandenburg NJW-RR 2001, 429; OLG Hamburg OLGR 2005, 805; OLG Karlsruhe NJW-RR 2009, 596, 597; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Auflage, § 36 Rn. 25) und die Unzuständigkeitserklärungen der Gerichte den Verfahrensbeteiligten zumindest bekannt gemacht worden sind (vgl. BGH NJW-RR 1992, 579; NJW-RR 1992, 1154; NJW-RR 1996, 1217; OLG Brandenburg NJW-RR 2001, 429; OLG Hamburg OLGR 2005, 805; OLG Karlsruhe NJW-RR 2009, 596, 597; Zöller/Vollkommer, a.a.O.). Letzteres erfolgte hinsichtlich der Verfügung des Amtsgerichts - Familiengericht - Siegburg durch das Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee durch entsprechende Mitteilung an die Beteiligten. 15

2. In der Sache ist das Amtsgericht – Familiengericht – Pankow/Weißensee als das zuständige Gericht zu bestimmen. 16

Nach der bindenden Verweisung an das Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee durch Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Siegburg vom 18.05.2011 ist eine Zuständigkeit des Amtsgerichts - Familiengericht - Siegburg nicht durch den Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Pankow/Weißensee vom 31.08.2011 begründet worden. Zwar ist auch die fehlerhafte, auf § 154 FamFG gestützte Verweisung nach § 3 Abs. 3 S. 2 FamFG, der vorrangig vor der Zuständigkeitsbestimmung nach § 5 FamFG zu prüfen ist (Prütting/Helms/Prütting, FamFG, § 5 Rn. 6), für das als zuständig bezeichnete Gericht bindend (Keidel/Engelhardt, FamFG, 17. Auflage, § 154 Rn. 7). Dies gilt aber nicht, wenn dem Verweisungsbeschluss jegliche rechtliche Grundlage fehlt oder wenn der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt wurde. 17

Der Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Pankow/Weißensee vom 31.08.2011 erkennt in evidenter Weise die zuständigkeitsbegründenden Vorschriften des FamFG und bejaht die Voraussetzungen des § 154 FamFG in nicht vertretbarer Weise. Nach § 154 S. 1 FamFG kann das nach § 152 Abs. 2 FamFG zuständige Gericht ein Verfahren an das Gericht des früheren gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes verweisen, wenn ein Elternteil 18

den Aufenthalt des Kindes ohne vorherige Zustimmung des anderen begründet hat. Eine derartige Begründung eines neuen Aufenthaltes ohne vorherige Zustimmung des anderen Elternteils, der gemäß § 154 S. 2 FamFG hinsichtlich des Aufenthaltsbestimmungsrechts mitsorgeberechtigt sein muss, lag jedoch in Bezug auf den gewöhnlichen Aufenthalt von M B T in C vorliegend ersichtlich nicht vor, so dass die Verweisung gemäß Beschluss vom 31.08.2011 nicht auf § 154 FamFG gestützt werden konnte.

Hierbei kann dahingestellt bleiben, dass das Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee keine ausreichenden Feststellungen darüber getroffen hat, dass das Kind M B T durch den kurzen und nur vorübergehenden Aufenthalt in der Wohnung des Antragstellers bereits einen gewöhnlichen Aufenthalt in B2 begründet hatte. Dies wäre aber erforderlich gewesen, um eine Verweisung des Verfahrens an das Gericht des „früheren“ gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes rechtfertigen zu können. Das Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee geht ersichtlich von einem falschen Sachverhalt aus, wenn es in der Begründung seines Beschlusses vom 31.08.2011 ausführt, das Kind habe seit seiner Geburt bis zum Rückzug der Mutter nach C selbst nie in C gelebt. Die Antragsgegnerin hatte bereits in ihrer ersten Erwiderung auf den Antrag des Antragstellers konkret dargelegt, in welchen genauen Zeiträumen sie mit dem Kind in der Wohnung des Antragstellers in B2 gelebt hat und ausgeführt, dass sie sich in der übrigen Zeit mit M B T in ihren weiterhin in C beibehaltenen Wohnung aufgehalten habe. Dem war der Antragsteller nicht substantiiert entgegengetreten, so dass diese Ausführungen als unstreitig anzusehen waren. Danach kann es aber keinem Zweifel unterliegen, dass das Kind, für das die Mutter bis zur Abgabe der gemeinsamen Sorgerechtserklärung allein sorgeberechtigt war, seit seiner Geburt den Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt seiner Mutter in C teilte. 19

Selbst wenn man zu Gunsten des Antragstellers annehmen würde, dass durch den kurzen und nur zeitlich begrenzten Aufenthalt des Kindes in der Wohnung des Antragstellers auch in B2 ein gewöhnlicher Aufenthalt von M B T begründet worden ist, hatte das Kind jedenfalls seit seiner Geburt auch in C seinen gewöhnlichen Aufenthalt. Dieser wurde ihr, wie im Senatsbeschluss vom 30.05.2011 im Verfahren 21 AR 5/11 ausführlich dargelegt wurde, durch die Antragsgegnerin und Kindesmutter als zunächst allein Sorgeberechtigte und Hauptbezugsperson des gerade geborenen Kindes vermittelt. Aufgrund dessen kann in der Entscheidung der Antragsgegnerin, sich nunmehr endgültig vom Antragsteller zu trennen und zukünftig ausschließlich in C mit dem Kind zu leben, keine Änderung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes i. S. d. § 154 FamFG gesehen werden. Dies hätte für das Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee aufgrund der Kenntnis des Senatsbeschlusses vom 30.05.2011 auf der Hand liegen müssen, so dass der gleichwohl erfolgten Verweisung durch Beschluss vom 31.08.2011 ersichtlich jegliche gesetzliche Grundlage fehlte. 20

Ob die auf § 154 FamFG gestützte Verweisung vom 31.08.2011 auch als grob ermessensfehlerhaft bezeichnet werden muss, was ihr ebenfalls die Bindungswirkung nehmen würde, da es - besonders in einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung - nicht Sinn und Zweck der Verweisungsvorschrift des § 154 FamFG ist, eine verfahrensverzögernde Hin- und Herverweisung zu ermöglichen, die in einem Umgangsrechtsverfahren den tatsächlichen Lebensmittelpunkt des erst am 04.09.2010 geborenen Kindes in C und den Umstand unberücksichtigt lässt, dass beim Amtsgericht - Familiengericht - Pankow/Weißensee noch zahlreiche weitere Verfahren zwischen den gleichen Beteiligten laufen, kann daher dahingestellt bleiben. 21
