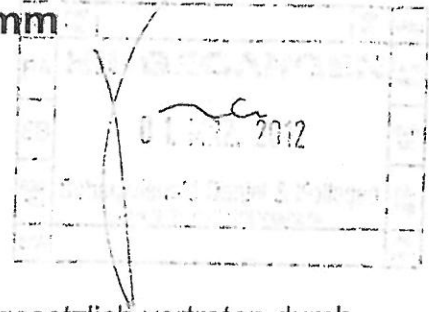


Erlassen am: 28.02.2012
Justizbeschäftigte

**Oberlandesgericht Hamm
Familiensenat
Beschluss**



In der Familiensache

des Kindes
Frau

gesetzlich vertreten durch

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Schauwienold und Kollegen,
Beethovenstraße 15, 58452 Witten,

g e g e n

Her

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dahl, Böckenhoffstraße 57,
46236 Bottrop,

hat der 2. Senat für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm
am 28.02.2012

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht den Richter am
Oberlandesgericht und den Richter am Amtsgericht

b e s c h l o s s e n :

Auf die Beschwerde der Antragstellerin und Beschwerdeführerin wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Bottrop vom 11.10.2011 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Beschwerde, an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Der Beschwerdewert wird auf 8302,28 EUR festgesetzt.

I.

Die Antragstellerin ist die minderjährige Tochter des Antragsgegners, die bei der Kindesmutter wohnt und von dieser in dem Verfahren vertreten wird. Die Antragstellerin begehrt von dem Antragsgegner die Zahlung von Kindesunterhalt.

Unter Vorlage einer zeitlichen Aufstellung für den Zeitraum von 2 Wochen in der Anlage zum Schriftsatz vom 29.9.2011 (Bl. 74 der Akte) macht der Antragsgegner geltend, dass ein Wechselmodell praktiziert werde und die Antragstellerin daher in diesem Verfahren nicht wirksam durch die Kindesmutter vertreten werden könne.

Hinsichtlich der Zeiten der Betreuung durch die Eltern stellt sich die Auflistung wie folgt dar:

Wochentag	bei dem Vater	bei der Mutter
Montag		16:01 Uhr bis zum Folgetag 8:00 Uhr
Dienstag	18:01 Uhr bis 19:30 Uhr	19:30 Uhr bis zum Folgetag 8:00 Uhr
Mittwoch	16:01 Uhr bis zum Folgetag 8:00 Uhr	
Donnerstag		18:01 Uhr bis zum Folgetag 8:00 Uhr
Freitag	Ab 15:51 Uhr	
Samstag	Ganztägig	
Sonntag	Ganztägig bis zum Folgetag 8:00 Uhr	
Montag		16:01 Uhr bis zum Folgetag 8:00 Uhr
Dienstag	18:01 Uhr bis 19:30 Uhr	19:30 Uhr bis zum Folgetag 8:00 Uhr
Mittwoch	16:01 Uhr bis zum Folgetag 8:00 Uhr	

Donnerstag		18:01 Uhr bis zum Folgetag 8:00 Uhr
Freitag		Ab 15:51 Uhr
Samstag		Ganztägig
Sonntag		Ganztägig bis zum Folgetag 8:00 Uhr

In den weiteren Zeiten hält sich das Kind in der Schule (offener Ganzttag) bei der Tagesmutter, beim Sport oder beim Lerntraining auf.

Das Amtsgericht Bottrop hat den Parteien im Termin vom 13.9.2011 aufgegeben, detailliert vorzutragen, bei wem das Kind seinen Lebensschwerpunkt hat. Hierzu hat es den Parteien eine Frist bis zum 4.10.2011 gesetzt und zugleich Termin zur Verkündung einer Entscheidung anberaumt auf den 11.10.2011.

In dem Beschluss vom 11.10.2011 hat das Amtsgericht den Antrag auf Zahlung von Kindesunterhalt als unzulässig zurückgewiesen. Zur Begründung bezieht sich das Amtsgericht auf den „nachgelassenen Schriftsatz Bl. 74 der Akte“ und trifft hieraus die Feststellung, dass von den Parteien ein so genanntes Wechselmodell praktiziert werde. Die Kindesmutter sei daher nicht zur Vertretung der Antragstellerin befugt und der Antrag daher unzulässig. Nach der zu Grunde gelegten Auflistung geht das Amtsgericht von einer Betreuungszeit des Antragsgegners von 97 Stunden in 2 Wochen aus und von einer Betreuungszeit der Kindesmutter von 136 Stunden in 2 Wochen, was einer Betreuungsquote von 41,6 % beim Kindesvater und 58,4 % bei der Kindesmutter entspreche. Die Betreuungszeiten außerhalb des Haushaltes der Kindeseltern hat das Amtsgericht bei der Berechnung dieser Quoten zuvor heraus gerechnet.

Mit der fristgemäß eingelegten Beschwerde wendet sich die Antragstellerin gegen die Zurückweisung der Anträge als unzulässig und beantragt:

1. Unter Abänderung des Beschlusses des Amtsgerichtes Bottrop vom 11.10.2011 – Az.: 19 F 148/11 - wird dem Antragsgegner aufgegeben, an die Antragstellerin zu Händen der Kindesmutter einen Kindesunterhalt in Höhe von 462,56 EUR monatlich im Voraus zum Ersten des Monats beginnend ab Mai 2011 zu zahlen.

2. Dem Antragsteller (Anm.: gemeint ist wohl der Antragsgegner) wird aufgegeben, an die Antragstellerin zu Händen der Kindesmutter rückständigen Kindesunterhalt für die Monate Oktober 2010 bis April 2011 in Höhe von 2289,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Antragstellung zu zahlen.

Zur Begründung verweist die Antragstellerin darauf, dass das Amtsgericht lediglich den einseitigen Vortrag des Antragsgegners zu Grunde gelegt habe. Schon nach den vom Amtsgericht berechneten Betreuungsquoten liege der Schwerpunkt der Betreuung bei ihr. Darüber hinaus trage sie auch die Verantwortung für die Fremdversorgung in Form des Schulbesuchs, des Reitunterrichts und der Sprachförderung. Auch diese Zeiten seien daher als Betreuungszeiten der Kindesmutter zu berücksichtigen. Auch aus der Umgangsvereinbarung in dem Verfahren 19 F 371/10 (Amtsgericht Bottrop) werde ersichtlich, dass der maßgebliche Schwerpunkt der Betreuung bei der Kindesmutter liege und kein Wechselmodell vereinbart sei.

Auf die Hinweise des Senats vom 24.11.2011 sowie vom 23.1.2011, dass eine Zurückverweisung des Verfahrens in Betracht komme, da bisher nur über die Zulässigkeit des Antrages entschieden sei, hat der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 27.1.2012 die Zurückverweisung des Verfahrens an das Familiengericht Bottrop beantragt.

II.

1.

Die gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthafte und auch fristgemäß eingelegte Beschwerde führt gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 3 ZPO i.V.m. § 117 Abs. 2 S. 1 FamFG auf Antrag des Antragsgegners zur Aufhebung des Beschlusses des Amtsgerichts Bottrop vom 11.10.2011 und zur Zurückverweisung des Verfahrens.

a)

Von einer Unzulässigkeit des Antrages wegen nicht bestehender Vertretungsmacht der Kindesmutter im Sinne von § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB kann nicht ausgegangen werden. Vorliegend ist von einer Obhut der Kindesmutter für das antragstellende Kind auszugehen.

Der Begriff der Obhut im Sinne von § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB stellt auf die tatsächlichen Betreuungsverhältnisse ab. Es ist der Schwerpunkt der tatsächlichen Fürsorge und Betreuung maßgeblich und darauf abzustellen, welcher Elternteil sich vorrangig

um die Befriedigung der elementaren Bedürfnisse des Kindes kümmert. (BGH, NJW 2006, 2258).

Dieser Schwerpunkt liegt im vorliegenden Verfahren bei der Kindesmutter.

Schon nach den Feststellungen des Amtsgerichtes auf der Grundlage des Schriftsatzes vom 29.9.2011 des Antragsgegners (zu welchem die Antragstellerin vor dem Verkündungstermin keine Stellungnahmemöglichkeit hatte) überwiegen die Betreuungszeiten bei der Kindesmutter (136 Stunden zu 97 Stunden in einem Zeitraum von 2 Wochen). Aus der Aufstellung des Antragsgegners in der Anlage zum Schriftsatz vom 29.9.2011 (Bl. 74 der Akte) wird zudem deutlich, dass neben der reinen Betreuungszeit die Tochter weit überwiegend im Haushalt der Kindesmutter übernachtet. In dem dargestellten Zeitraum von 2 Wochen sind dies 9 Übernachtungen bei der Kindesmutter und lediglich 5 beim Kindesvater.

b)

In dem vorliegenden Verfahren ist eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 Nr. 3 ZPO i.V.m. § 117 Abs. 2 S. 1 FamFG angezeigt. Das Amtsgericht hat sich in der Verhandlung und Erörterung lediglich mit der Frage der Zulässigkeit auseinandergesetzt. Eine Erörterung der inhaltlichen Fragen, insbesondere zum Bedarf des Kindes und auch zur Leistungsfähigkeit des Antragsgegners, ist bisher nicht erfolgt. Durch eine Entscheidung in der Sache würden die Beteiligten hier eine Instanz zur Erörterung verlieren, zumal zunächst weitere Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhaltes erfolgen müssten. Nach dem Akteninhalt dürfte die umfangreiche Antragserweiterung vom 8.9.2011 wohl erst im Termin vom 13.9.2011 übergeben worden sein. Die Möglichkeit einer Stellungnahme hierzu im Rahmen der mündlichen Verhandlung bestand daher wohl nicht. Aus dem Protokoll lässt sich nur entnehmen, dass Verspätung gerügt wurde.

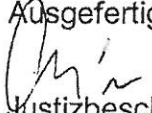
c)

Der Senat hat im Beschluss vom 15.12.2011 im Sinne von § 117 Abs. 3 FamFG darauf hingewiesen, dass nach § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden und eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren erfolgen solle.

Nur vorsorglich wird für das weitere Verfahren darauf hingewiesen, dass sich bisher aus dem Verfahren nicht entnehmen lässt, ob die Kindesmutter und der Kindesvater bereits geschieden sind, d.h. ob § 1629 Abs. 3 S. 1 BGB anzuwenden ist.

2.

Der Beschwerdewert wird nach § 51 Abs. 1 und Abs. 2 FamGKG festgesetzt. Es wird zu Grunde gelegt der Jahresbetrag des mit der Beschwerdeschrift geforderten Betrages von 462,56 EUR monatlich (§ 51 Abs. 1 FamGKG) zuzüglich des Rückstandes vor dem Antragseingang am 11.5.2011, d.h. von 2289,00 EUR zuzüglich 462,56 EUR für den Monat Mai 2011 (§ 51 Abs. 2 FamGKG).

Ausgefertigt

Justizbeschäftigte

