

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Susanne Weber

**Das Verhältnis zwischen der einstweiligen
Anordnung im Familienverfahren nach den
§§ 49 ff. FamFG und dem deckungsgleichen
Hauptsacheverfahren**

Band 7



Wolfgang Metzner Verlag

Band 7

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professor Dr. Anne Röthel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Landesamtswesen, 1998–2010.

Susanne Weber

**Das Verhältnis zwischen der einstweiligen
Anordnung im Familienverfahren nach den
§§ 49 ff. FamFG und dem deckungsgleichen
Hauptsacheverfahren**



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2012

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

ISBN 978-3-943951-46-2

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhalt

Vorwort	9
1. Teil	10
Einleitung	10
2. Teil	15
Systemwechsel zur hauptsacheunabhängigen einstweiligen Anordnung	15
A. Hauptsacheabhängiger einstweiliger Rechtsschutz im Familienverfahren	15
B. Bewertung der Hauptsacheabhängigkeit	16
I. Funktionelles Verhältnis aus der Justizgewährungspflicht	16
II. Zweckmäßigkeit der bisher hauptsacheabhängig ausgestalteten Eilrechtsschutzmittel	18
C. Ausgestaltung der einstweiligen Anordnung als selbständiges Verfahren	22
3. Teil	25
Verfahren bis zum Erlass einer einstweiligen Anordnung (§§ 49-51 FamFG)	25
A. Rechtsschutzziel	25
I. Verfahrensgegenstand	26
II. Konsequenz für das Verhältnis zur Hauptsache	26
III. Keine anderweitige Rechtshängigkeit	27
IV. Rechtsschutzbedürfnis	28
B. Verfahrenseinleitung	29
I. Amtsverfahren	30
II. Antragsverfahren	31
1. Antragsverfahren	31
2. Erforderlichenfalls von Amts wegen	33
C. Kein Anwaltszwang, § 114 IV Nr. 1 FamFG	34

I. Sonderregelung im familienverfahrensrechtlichen Anordnungsverfahren, § 114 IV Nr. 1 FamFG	34
II. Verhältnis zum Hauptsacheverfahren	35
III. Bewertung der Befreiung vom Anwaltszwang im Verhältnis zur Hauptsache	37
IV. Fazit	42
D. Verfahrenskostenhilfe	
I. Persönlicher Anwendungsbereich	46
II. Sachlicher Anwendungsbereich	47
1. Erfolgsaussicht und Mutwilligkeit	47
2. Mutwilligkeit bei Nichtinanspruchnahme außergerichtlicher Streitbeilegungsmöglichkeiten	50
3. Mutwilligkeit auf Grund der Verfahrensselbständigkeit der einstweiligen Anordnung gegenüber dem Hauptsacheverfahren	52
III. Beiordnung eines Rechtsanwalts	64
1. FG-Familiensachen, § 78 II FamFG	65
2. Familienstreitsachen, § 121 II ZPO	71
IV. Fazit	72
E. Zuständigkeit, § 50 FamFG	
I. Gleichlauf der Zuständigkeit	74
1. Orientierung an der Hauptsachezuständigkeit	74
2. Ermittlung der Zuständigkeit nach § 50 I FamFG	75
3. Voraussetzung für den Gleichlauf	79
II. Mögliche Durchbrechungen des Gleichlaufs	80
1. Verhältnis von § 50 I 2 FamFG zur ausschließlichen Zuständigkeit in Unterhaltsverfahren nach § 232 II FamFG	80
2. Verfahren vor dem Bundesgerichtshof	81
3. Spätere Anhängigkeit der Hauptsache	81
a) Abgabe des Anordnungsverfahrens, § 4 FamFG	82
b) Abgabe des Hauptsacheverfahrens, § 154 FamFG	84
c) Abgabe in Familienstreitsachen	85
d) Abgabe nach Anordnungserlass	87
e) Widerspruch zum Grundsatz der Selbständigkeit des Anordnungsverfahrens	88

4. Abgabe an das Gericht der Ehesache, §§ 153, 202, 233, 263, 268 FamFG	90
a) Rechtshängigkeit der Ehesache	90
b) Abgabe trotz Eilbedürftigkeit	92
c) Abgabe nach Erlass der einstweiligen Anordnung	94
5. Eilzuständigkeit, § 50 II FamFG	94
a) Begründung der Eilzuständigkeit, § 50 II 1 FamFG	94
b) Abgabe an das gem. § 50 I FamFG zuständige Gericht, § 50 II 2 FamFG	96
6. Identisches Hauptsacheverfahren abgeschlossen	99
III. Bewertung des Verhältnisses zwischen Anordnungs- und Hauptsachezuständigkeit	102
F. Verfahrensverlauf (§ 51 FamFG)	104
I. Erlassvoraussetzungen, § 49 I FamFG	104
1. Anordnungsanspruch	105
a) Erforderlichkeit einer materiell-rechtlichen Grundlage	105
b) Prüfungsintensität im summarischen Verfahren	107
aa) Sachverhaltsermittlung	107
bb) Materiell-rechtliche Prüfung	108
2. Dringendes Regelungsbedürfnis	112
a) § 49 I FamFG	112
b) Besondere Vorschriften	113
aa) Gewaltschutzsachen, § 214 I 2 FamFG	113
bb) Unterhaltssachen, §§ 246-248 FamFG	113
cc) Kindschaftssachen, § 155 FamFG	115
II. Entscheidung	121
1. Inhalt	121
a) Maßnahmen, § 49 II FamFG	122
b) Vorläufigkeit der Maßnahme der einstweiligen Anordnung	123
aa) Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache	123
bb) Einstweiligkeit und Vorläufigkeit	126
(1) Einstweiligkeit der Anordnung innerhalb des FamFG	128
(2) Entsprechung von Einstweiligkeit und gesetzgeberischer Zielsetzung für das Verhältnis zur Hauptsache	131
(3) Bewertung	136
2. Form und Wirkung	136

a) Beschluss, § 38 I 1 FamFG	136
b) Rechtsbehelfsbelehrung, § 39 FamFG	137
c) Wirksamkeit und Rechtskraft	142
III. Vergleich	143
IV. Bewertung der Ausgestaltung des Anordnungsverfahrens	146
1. Gewaltschutzsachen	146
2. Unterhaltssachen	147
3. Kindschaftssachen	154
V. Mittel der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des Eilverfahrens als Rechtsschutzalternative zum Hauptsacheverfahren	165
VI. Auswirkungen auf das Hauptsacheverfahren	169
G. Gegenstandswert, § 41 FamGKG	172
I. Systematik und Bedeutung der selbständigen einstweiligen Anordnung	173
II. Gesteigerte Bedeutung der einstweiligen Anordnung im Verhältnis zur Hauptsache	175
III. Gewaltschutzsachen	177
IV. Unterhaltssachen	179
V. Kindschaftssachen	181
VI. Fazit	182
4. Teil	184
Vollstreckung (§ 53 FamFG)	184
A. Vollstreckung der einstweiligen Anordnung, § 53 FamFG	184
I. § 53 I FamFG	184
II. § 53 II FamFG	185
III. Bewertung	187
B. Gefahr der doppelten Vollstreckung aus einstweiliger Anordnung und Hauptsacheentscheidung auf Unterhaltsleistungen	188
I. Entgegenwirken der doppelten Vollstreckung durch Hinderung der sofortigen Wirksamkeit i.S.v. § 116 III 3 FamFG	190
II. Entgegenwirken der doppelten Vollstreckung durch Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung	200
III. Entgegenwirken der doppelten Vollstreckung durch Abänderungs- und Aussetzungsantrag gem. § 54 i.V.m. § 55 FamFG	203

IV. Anwendbarkeit des § 241 FamFG auf das summarische Abänderungsverfahren (§ 54 FamFG)	207
V. Ergebnis	215
5. Teil	217
Rechtsbehelfe gegen die einstweilige Anordnung	217
A. Rechtsbehelfssystem	217
I. Grundsatz der eingeschränkten Anfechtbarkeit, § 57 S. 1 FamFG	218
1. Zweck der eingeschränkten Anfechtbarkeit	218
2. Übertragung auf das selbständige Anordnungsverfahren	219
II. Ausnahmen von dem Grundsatz der eingeschränkten Anfechtbarkeit, § 57 S. 2 FamFG	224
1. Gewaltschutzangelegenheiten, § 57 S. 2 Nr. 4 FamFG	224
2. Elterliche Sorge und Herausgabe des Kindes, § 57 S. 2 Nr. 1 und 2 FamFG	225
III. Umgangs- und Unterhaltssachen	226
1. Umgangssachen	226
2. Unterhaltssachen	228
IV. Ausgleich der eingeschränkten Anfechtbarkeit innerhalb des Rechtsbehelfssystems	229
1. Ausgleich innerhalb des summarischen Verfahrens durch § 54 FamFG	229
a) Gegenüberstellung der Verfahren gem. §§ 57 S. 2, 58 I FamFG und § 54 FamFG	230
b) Ergebnis und Bewertung	235
2. Ausgleich durch die Hauptsacheerzwingung gem. § 52 II FamFG	236
3. Ausgleich durch negativen Feststellungsantrag in Unterhaltssachen (§ 256 I ZPO i.V.m. § 113 I 2 FamFG)	239
4. Bewertung des Ausgleichs innerhalb des gesamten Rechtsbehelfssystems	246
5. Bedeutung des Abänderungsverfahrens gem. § 54 FamFG	246
V. Anwendung des Grundsatzes der Unanfechtbarkeit auf Nebenentscheidungen	248
1. Versagung von Verfahrenskostenhilfe, § 127 II 2 ZPO	248
2. Festsetzung des Verfahrenswertes, § 59 I i.V.m. § 57 II-VII FamGKG	252
B. Gesamtbewertung des Rechtsbehelfssystems	252

6. Teil	254
Außerkräfttreten der einstweiligen Anordnung (§ 56 FamFG)	254
A. Außerkräfttreten, § 56 FamFG	254
I. Außerkräfttreten der einstweiligen Anordnung durch Entscheidung im deckungsgleichen Hauptsacheverfahren	255
II. Außerkräfttreten kraft Gesetzes und Selbständigkeit des Verfahrens	256
III. Außerkräfttretensgründe gem. § 56 I, II FamFG	258
1. Außerkräfttreten durch eine anderweitige Regelung gem. § 56 I FamFG	259
2. Außerkräfttreten gem. § 56 II FamFG	262
a) § 56 II Nr. 1 FamFG	263
aa) Rücknahme des Hauptsacheantrags, § 22 FamFG bzw. § 269 I ZPO i.V.m. § 113 I 2 FamFG	263
bb) Wegfall des Anordnungsgrundes	265
cc) Schutz des Antragsgegners	266
(1) Schutzbedürftigkeit	266
(2) Restriktive Auslegung	267
(3) Verhältnis zu § 52 II FamFG	269
dd) Anwendungsbereich des § 56 II Nr. 1 FamFG	276
b) § 56 II Nr. 2 FamFG	276
c) § 56 II Nr. 3 und Nr. 4 FamFG	278
d) Anwendungsbereich des § 56 II FamFG	280
3. Wirkung der rechtskräftigen Ehescheidung auf die einstweilige Anordnung auf Trennungsunterhalt	283
a) Nichtidentität von Trennungs- und Scheidungsunterhalt	283
b) Rechtsprechung zu § 620f ZPO a.F.	284
c) Übertragung auf § 56 FamFG	286
d) Ergebnis	294
IV. § 248 V 1 FamFG	295
V. Feststellungsverfahren, § 56 III FamFG	296
1. Anwendungsbereich	296
2. Verfahrenseinleitung	296
3. Zuständigkeit	297
4. Entscheidung	299

5. Rechtsmittel, § 56 III 2 FamFG	299
B. Bewertung	300
7. Teil	305
Einleitung des Hauptsacheverfahrens (§ 52 FamFG)	305
A. Bedeutung für das Verhältnis zwischen einstweiliger Anordnung und Hauptsache	305
B. Systematik	307
C. Gemeinsame Voraussetzungen	308
I. Anwendungsbereich	308
II. Zuständigkeit	309
D. Einleitungsmodalität in Amtsverfahren, § 52 I FamFG	311
I. Verfahrenseinleitung auf Antrag eines Beteiligten, § 52 I 1 FamFG	311
II. § 52 I 1 i.V.m. § 55 FamFG analog	312
III. Verfahrenseinleitung durch das Familiengericht	314
IV. Wartefrist, § 52 I 2, 3 FamFG	318
1. Zweck	319
2. Vereinbarkeit des § 52 I 2 FamFG mit dem Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz aus Art. 20 III i.V.m. 2 I GG	320
3. Pflichtgemäße Ermessensausübung i.R.v. § 52 I 2, 3 FamFG	326
a) Fristsetzung, § 52 I 2 FamFG	326
b) Fristdauer, § 52 I 3 FamFG	336
4. Bewertung	337
5. Fristsetzung nach Erlass der einstweiligen Anordnung	341
6. Verfahrensanregender Antrag vor Fristablauf	343
V. Bewertung der Einleitungsmodalität in Amtsverfahren, § 52 I FamFG	343
VI. Auswirkungen der Einleitungsmodalität des § 52 I FamFG auf das Verhältnis zwischen einstweiliger Anordnung und Hauptsacheverfahren	344
1. Verfahrenstrennung	344
2. Stärkung des Anordnungsverfahrens	347
E. Einleitungsmodalität in Antragsverfahren, § 52 II FamFG	348
I. Erzwingungsverfahren, § 52 II 1, 2 FamFG	349
1. Antragserfordernis	349

a) Antragsberechtigung	350
b) Statthaftigkeit des Antrags	350
2. Rechtsschutzbedürfnis	354
3. Setzung der Erzwingungsfrist	355
4. Fristdauer, § 52 II 2 FamFG	356
5. Anfechtbarkeit der Entscheidung	358
6. § 52 II 1 i.V.m. § 55 FamFG analog	360
II. Aufhebungsverfahren	360
1. Verfahrenseinleitung	360
2. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen	362
3. Begründetheit der Aufhebung	362
4. § 52 II 3 FamFG analog	364
5. Aufhebungsbeschluss	366
6. Anfechtbarkeit des Aufhebungsbeschlusses	367
III. Verzicht auf § 52 II FamFG	368
IV. Bewertung des Einleitungsmechanismus in Antragssachen, § 52 II FamFG	369
F. Gesamtbewertung der Einleitungsmodalitäten aus § 52 FamFG	373
8. Teil	375
Abschließende Bemerkungen	375
Literatur- und Quellenverzeichnis	386

Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag im Winter 2012 dem rechtswissenschaftlichen Fachbereich der Universität Regensburg als Dissertation vor. Rechtsprechung und Literatur konnten bis 5. Januar 2012 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Martin Löhnig, der mich bei der Wahl des Themas unterstützt und die Anfertigung der Arbeit vorzüglich betreut hat. Gleichfalls danke ich Herrn Prof. Dr. Herbert Roth für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern, meiner Großmutter und Alexander Spachmann, die mich während der Doktorandenzeit unterstützt haben. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Susanne Weber, April 2012

1. TEIL

Einleitung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der einstweiligen Anordnung in Familiensachen gemäß §§ 49ff. FamFG und ihrem Verhältnis zum optionalen deckungsgleichen Hauptsacherechtsschutz. Das am 01.09.09 in Kraft getretene Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)¹ regelt die einstweilige Anordnung als Mittel zur Sicherung der effektiven Rechtsdurchsetzung in der Hauptsache einheitlich und hauptsacheunabhängig, was zu einem entscheidenden Systemwechsel innerhalb des Eilrechtsschutzes in Familiensachen (§ 111 FamFG) geführt hat. Diese Systemänderung stellt eine der wesentlichen Änderungen der Reform dar.² Mit dem Wandel vom vornehmlich hauptsacheakzessorischen Eilrechtsschutz zur verfahrensrechtlichen Selbständigkeit will der Gesetzgeber die einstweilige Anordnung stärken, indem er durch erleichterte Zulässigkeitsvoraussetzungen ein vereinfachtes und beschleunigtes summarisches Verfahren zur Verfügung stellt.³ Das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung kann jetzt ohne die gleichzeitige Anhängigkeit eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens eingeleitet werden (§ 49 I FamFG) und ist unabhängig von der Hauptsache zu führen, sollte diese parallel anhängig sein (§ 51 III 1 FamFG).

Bei der Umgestaltung des Eilverfahrens hat sich der FamFG-Gesetzgeber an den hauptsacheunabhängigen Eilverfahren der Zivilprozessordnung, insbesondere der einstweiligen Verfügung (§§ 935ff. ZPO), orientiert.⁴ Inspiriert von der in der Praxis zu verzeichnenden Entwicklung, das Verfahren der einstweiligen Verfügung zur Rechtsschutzgewährung ausreichen zu lassen und auf das entsprechende Hauptsacheverfahren zu verzichten,⁵ soll nach der

¹BT-Drucks. 16/6308; BGBl. 2008, 2585.

²Vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 167.

³BT-Drucks. 16/6308 S. 199.

⁴BT-Drucks. 16/6308 S. 199.

⁵Vgl. Walker, Rn 20ff.; Morbach, S. 10f.; Grunsky in Stein/Jonas, 22. Aufl., vor § 916, Rn 3; Baumgärtel, AcP 168, 401; Baur, S. 2f.; Leipold, S. 10f.

Gesetzesbegründung die Selbständigkeit der einstweiligen Anordnung im Idealfall dazu führen, dass die vorläufige Maßnahme den Streit endgültig beilegt und dadurch das Hauptsacheverfahren obsolet werden lässt.⁶ Auch in Familiensachen ist in der Praxis das bisher notwendig durchzuführende Hauptsacheverfahren wegen seiner Dauer, der gerichtlichen Arbeitsbelastung und der Kostenlast sowohl für die Beteiligten direkt als auch im Rahmen der Prozesskostenhilfe als nachteilig empfunden worden.⁷ Die selbständige Verfahrensführung des Eilverfahrens ermöglicht es, auf diese Unannehmlichkeiten des ordentlichen Verfahrens zu verzichten.

Demzufolge kann die verfahrensrechtliche Verselbständigung die Rolle des Eilverfahrens in Familienangelegenheiten künftig in zweierlei Hinsicht stärken: Zum einen kann die einstweilige Anordnung als flexible und rasche Zwischenregelung bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens an Bedeutung gewinnen, indem sie zeitlich eine angemessene Vorbereitung des Hauptsacheantrags ermöglicht, weil sie schon vor dessen Anhängigkeit die in der Hauptsache verfolgte Rechtsposition vorläufig regelt. Zum anderen könnte das Eilverfahren über die Sicherung der Anspruchsdurchsetzung in der Hauptsache hinaus künftig eine echte Rechtsschutzalternative zum ordentlichen Verfahren darstellen, wenn der durch die Anordnungsentscheidung gewährte Rechtsschutz das Interesse an der Durchsetzung im ordentlichen Verfahren entfallen lässt.

Um die zukünftige Rolle der Anordnungsentscheidung in Familienverfahren ermitteln zu können, ist eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Vorschriften zur einstweiligen Anordnung (§§ 49-57 FamFG) und etwaiger besonderer Verfahrensnormen in Familiensachen unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der einstweiligen Anordnung zur deckungsgleichen Hauptsache geboten. Im Hinblick auf die Möglichkeiten der Bedeutungssteigerung der einstweiligen Anordnung ist die durchgängige Verwirklichung der Verfahrensselbständigkeit erforderlich, weshalb deren Kontrolle in jedem Stadium des Verfahrens ebenfalls wesentlicher Gegenstand der folgenden Untersuchung ist.

⁶BT-Drucks. 16/6308 S. 201.

⁷BT-Drucks. 16/6308 S. 201.

In der mittlerweile zahlreichen Kommentarliteratur wird zwar auf die neuen Bedeutungsansätze der einstweiligen Anordnung aus den Motiven Bezug genommen, aber im Ergebnis leider nur eingeschränkt auf das Zusammenwirken der §§ 49-57 FamFG zu deren Verwirklichung im Verhältnis zur Hauptsache und der dafür erforderlichen streng zu verfolgenden Verfahrensselbständigkeit. Auch die zahlreichen Aufsätze, die sich auf die Erörterung des Eilverfahrens nach dem FamFG beschränken,⁸ können die Konsequenzen der Abkoppelung von der Hauptsache hinsichtlich der praktischen Bedeutung des Anordnungsverfahrens unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Verfahrensgegenstände in Familiensachen mit ihren unterschiedlich hohen Anforderungen an die Wirksamkeit des Rechtsschutzes nicht vollumfänglich besprechen. Ausschließlich dem Eilverfahren in Familiensachen widmen sich die Monografien von *Gießler/Soyka* und *Dose*.⁹ Allerdings behandeln diese die umfangreiche Materie in Form eines Handbuchs für Wissenschaft und Praxis. Von diesen ausführlichen Darstellungen ist daher ebenfalls nicht zu erwarten, dass sie, neben einer praxisorientierten Ausrichtung für die einzelnen Verfahrensgegenstände zusätzlich eine abstrakte Betrachtung der einzelnen Vorschriften und deren Wirkung auf das Verhältnis zwischen einstweiliger Anordnung und Hauptsache, gegebenenfalls mit Verbesserungsvorschlägen, leisten. In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist die Abkoppelung des Eilverfahrens bisher hauptsächlich im Rahmen der Negativvoraussetzung der Mutwilligkeit bei der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe¹⁰ und der gebührenrechtlichen Würdigung einer isoliert geltenden einstweiligen Anordnung relevant geworden.¹¹ Die in diesen Konstellationen auftretenden Probleme sind überwiegend uneinheitlich gelöst worden. Daher ist auch aus diesem Grund eine ausführliche und zusammenhängende Auseinandersetzung mit der Neugestaltung des Verhältnisses zwischen einstweiliger Anordnung und entsprechendem Hauptsacheverfahren im Rahmen einer Dissertation erforderlich.

⁸Giers, FGPrax 2009, 47; Schürmann, FamRB 2008, 375; Bruns, FamFR 2009, 8; Klein, FuR 2009, 241; 321; van Els, ZKJ 2009, 339; Löhnig/Heiß, FamRZ 2009, 1101; Bißmaier, JAmt 2010, 209.

⁹Gießler/Soyka, Vorläufiger Rechtsschutz in Familiensachen, 5. Aufl.; Dose, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen, 3. Aufl..

¹⁰OLG Zweibrücken FamRZ 2010, 666, 667; OLG Celle FamFR 2010, 305; OLG Hamm NJW 2010, 539, 540; OLG Thüringen FamRZ 2011, 491, 492; OLG Nürnberg NJW 2011, 319.

¹¹OLG Celle NJW-Spezial 2010, 699; OLG Köln FamFR 2011, 15; OLG Stuttgart FamFR 2011, 16; OLG Saarbrücken FPR 2010, 364; OLG Brandenburg FamRB 2010, 174.

Prüfungsmaßstab der folgenden Untersuchung ist die Zielsetzung des Gesetzgebers hinsichtlich der Verselbständigung des Anordnungsverfahrens. Dies gilt für Verfahrenseinleitung und -führung gleichermaßen wie für die effektive Vollstreckung der Anordnungsentscheidung und deren Bekämpfung durch summarische Rechtsbehelfe. Insbesondere bei Anwendung und Auslegung der Vorschriften betreffend die einstweiligen Anordnung ist über die Verfahrensselbständigkeit hinaus die vom Gesetzgeber idealiter erhoffte Akzeptanz der Eilentscheidung durch die Betroffenen als den Streit endgültig beilegend, zur Diskussion zu stellen. Auch sind bekannte Probleme des hauptsacheabhängigen Eilverfahrens, wie die parallele Vollstreckbarkeit eines vorläufigen Anordnungs- und eines Hauptsachetitels auf Unterhalt und die Vollstreckung von nahehelichem Unterhalt aus der einstweiligen Anordnung auf Trennungunterhalt nach Rechtskraft der Ehescheidung im neuen Kleide der §§ 49ff. FamFG zu besprechen, soweit sie nach der neuen Gesetzessystematik in entsprechender Form auftreten. Besonderer Beachtung bedürfen die aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit notwendige Gewährleistung des Hauptsacheverfahrens nach Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 52 FamFG) und die eingeschränkte Geltungsdauer der Anordnungsentscheidung infolge der Wirksamkeit einer Endentscheidung im Hauptsacheverfahren (§ 56 FamFG), da diese Vorschriften eine Verbindung zum Hauptsacheverfahren herstellen, die auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfahrensselbständigkeit zu prüfen ist.

Der Gang der Untersuchung orientiert sich nach einer Kurzdarstellung des Systemwechsels im Eilverfahren unter Bezugnahme auf die Vorschriften zum bisher hauptsacheabhängigen Eilverfahren an dem Verfahrensverlauf und den Verfahrensvorschriften im Abschnitt über das einstweilige Anordnungsverfahren (§§ 49-57 FamFG): Nachdem der Antragsteller den Erlass einer einstweiligen Anordnung erwirkt hat (§§ 49-51 FamFG), folgt die Durchsetzung des Rechtsschutzinteresses durch deren Vollstreckung (§ 53 FamFG). Will der Antragsgegner gegen die Vollstreckung des Anordnungstitels vorgehen beziehungsweise der Antragsteller eine seinem Antrag nicht voll entsprechende Eilentscheidung angreifen, können diese Rechtsschutzbegehren durch einen passenden Rechtsbehelf verwirklicht werden, so dass im Anschluss an die Vollstreckung das Rechtsbehelfssystem zu erörtern ist. Die Geltungsdauer der einstweiligen Anordnung ist für beide Beteiligte auch gleichermaßen interessant und für das Verhältnis der einstweiligen Anordnung gegenüber der Hauptsache umso mehr, wenn diese durch die Wirksamkeit einer

Endentscheidung in der Hauptsache beschränkt werden kann. § 56 FamFG regelt das Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung, weshalb dessen Anwendungsbereich und Bedeutung für das Anordnungsverfahren nach Stellungnahme zu den Rechtsbehelfen ausführlich zu behandeln ist. Zum Abschluss soll die für den familienverfahrensrechtlichen Eilrechtsschutz inhaltlich völlig neue Vorschrift des § 52 FamFG erörtert werden, die zum Ausdruck bringt, dass sowohl für Anordnungsantragsteller als auch -gegner jedenfalls im Anschluss an den Erlass einer vorläufigen Maßnahme i.S.d. § 49 FamFG das Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung des Hauptsacheverfahrens fortbesteht.

2. TEIL

Systemwechsel zur hauptsacheunabhängigen einstweiligen Anordnung

A. Hauptsacheabhängiger einstweiliger Rechtsschutz im Familienverfahren

Nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des FamFG am 01.09.09 konnte im einstweiligen Rechtsschutz im Familienverfahren noch zwischen vier verschiedenen Mitteln gewählt werden, die jeweils unterschiedlichen Verfahrensprinzipien unterlagen und sich unterschiedlich zum Hauptsacheverfahren verhielten.

Die hauptsacheunabhängigen Verfahren, Arrest (§§ 916-934, 945 ZPO) und einstweilige Verfügung (§§ 935-945 ZPO), fanden nur selten Anwendung. Der Arrest hat vor allem in Güterrechtsangelegenheiten die vorläufige Sicherung übernommen.¹² Die einstweilige Verfügung, Mittel zur Sicherung eines Individualleistungsanspruchs oder Regelung eines einstweiligen Zustands wegen eines streitigen Rechtsverhältnisses, ist zwar vielfältig, hatte aber wegen ihrer Subsidiarität gegenüber dem Anordnungsverfahren (§§ 620, 621g, 644 ZPO a.F.) nur eine Aushilfsfunktion inne.¹³

Die einstweilige Anordnung in Familienverfahren für Folgesachen der Ehesachen (§ 606 I ZPO a.F.) regelten die §§ 620ff. ZPO a.F. abschließend.¹⁴ Die Vorschriften umfassten sowohl ZPO- als auch FG-Familien­sachen, die nach den für die Hauptsache maßgebenden Normen dem richtigen Verfahrensrecht zugeordnet wurden.¹⁵ Die isolierte, also außerhalb des Eheverfahrens beantragte, einstweilige Anordnung war grundsätzlich von dem deckungsgleichen

¹²Borth in Musielak, 6. Aufl., § 620, Rn 2; OLG Brandenburg NJW-RR 2009, 801; OLG Naumburg, Beschl. v. 30.01.08 – 8 WF 4/08, BeckRS 2008, 8364; OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 961; OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 450.

¹³van Els in Göppinger/Wax, Rn 2286; Eckebrecht, MDR 1995, 114, 115; BVerfG FamRZ 1980, 872.

¹⁴Feldmeier in Dunkl, D, Rn 3; Rogner in Bergerfurth/Rogner, Rn 209.

¹⁵Ritter, S. 19.

Hauptsacheverfahren oder einem entsprechenden Prozesskostenhilfesuch abhängig (§§ 621g, 644, 641d I, II ZPO a.F.). Im Rahmen des Eheverfahrens reichte die Anhängigkeit der Ehesache bzw. eines entsprechenden Prozesskostenhilfesuchs aus (§ 620a II 1 ZPO).¹⁶ Ermöglichten weder § 621g ZPO a.F. noch die Vorschriften des FG die einstweilige Anordnung für isolierte Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit,¹⁷ wurde die bereits vor Einführung des § 621g ZPO a.F. kraft richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte vorläufige Anordnung herangezogen.¹⁸ Für die Zulässigkeit der vorläufigen Anordnung musste ebenfalls ein deckungsgleiches Hauptsacheverfahren anhängig sein.¹⁹

Demnach wurde die einstweilige beziehungsweise die vorläufige Anordnung bisher im Rahmen des Hauptsacheverfahrens als dessen Nebenverfahren abgewickelt.²⁰

B. Bewertung der Hauptsacheabhängigkeit

Der Gesetzgeber hat sich innerhalb der Reform dafür entschieden, die einstweilige Anordnung von der deckungsgleichen Hauptsache und der Ehesache abzukoppeln (§§ 49 I, 51 III 1 FamFG). Ob sich aus dieser Entscheidung nachteilige Folgen für den bisher hauptsacheabhängigen familienverfahrensrechtlichen Eilrechtsschutz ergeben, ist anhand der Zweckmäßigkeit der bisherigen Abhängigkeit zu untersuchen. Prüfungsmaßstab für die Notwendigkeit dieser zusätzlichen Zulässigkeitsvoraussetzung ist die Funktion des Eilrechtsschutzverfahrens gegenüber dem deckungsgleichen Hauptsacheverfahren. Das funktionelle Verhältnis ist zu diesem Zweck aus dem verfassungsrechtlichen Ursprung der beiden Verfahren herzuleiten.

I. Funktionelles Verhältnis aus der Justizgewährungspflicht

Zum effektiven Schutz subjektiver Rechte leitet das *BVerfG* aus dem Rechtsstaatsprinzip für den einzelnen Bürger einen Anspruch auf

¹⁶Kroiß/Seiler, § 3, Rn 48; Philippi in Zöllner, 27. Aufl., § 620, Rn 1.

¹⁷Im Einzelnen Wick in Jansen, § 64, Rn 285f.

¹⁸Dose, 2. Aufl., Rn 192g; Ebert, § 3, Rn 194.

¹⁹OLG Zweibrücken NJW-RR, 1996, 1158; OLG Zweibrücken FamRZ 1982, 1093, 1094; Keidel/Kuntze/Winkler, 15. Aufl., § 19, Rn 30.; Dose, 2. Aufl., Rn 195.

²⁰van Els, FPR 2008, 406.

Justizgewährung ab (Art. 20 III i.V.m. 2 I GG), der wirkungsvollen Rechtsschutz bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche sicherstellen soll.²¹ Wirksamer Rechtsschutz kann darin bestehen, in einem ordentlichen Hauptsachverfahren eine Entscheidung erwirken zu können, aus der die Vollstreckung betrieben werden kann. Die Entscheidungsfindung in der Hauptsache kann sich jedoch in die Länge ziehen, da der Verfahrensverlauf an prozessuale Vorschriften gebunden ist, die eine endgültige Entscheidung erst zulassen, wenn das Gericht von der Richtigkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen überzeugt ist.²² Dies geht meist mit einer zeitaufwendigen Beweisaufnahme einher. Der umfangreiche Rechtsschutz in der Hauptsache kann daher an Wirksamkeit einbüßen, wenn die Anspruchsdurchsetzung durch Zeitablauf gefährdet würde. Das Rechtsstaatsprinzip garantiert aber gerade die Rechtsschutzform, die eine Durchsetzung des subjektiven Rechts gewährleisten kann, weil nur ein durchsetzbares Recht ein Recht darstellen kann. Wirksamer Rechtsschutz bedeutet daher auch Rechtsschutz in angemessener Zeit.²³ Aus der Pflicht, möglichst wirksamen und lückenlosen Rechtsschutz zu gewährleisten, folgt das Erfordernis der Bereitstellung eines einstweiligen Eilrechtsschutzes.²⁴ Der einstweilige Rechtsschutz ist daher ebenfalls Bestandteil der allgemeinen Rechtsschutzgarantie und des gerichtlichen Rechtsschutzes insgesamt.²⁵ Gegenüber der Hauptsache nimmt er eine dienende Funktion ein. Er schließt die zeitliche Lücke zwischen der eingeschränkten privaten Selbsthilfe (§§ 229, 230, 859 BGB) und der Vollstreckung aus einem im ordentlichen Erkenntnisverfahren erlangten Urteil.²⁶ Der Eilrechtsschutz ist daher regelmäßig nur vorübergehender Natur und kommt im Wege des summarischen Verfahrens zustande, das im Sinne der Verfahrensbeschleunigung eine erleichterte Beweisführung genügen lässt. Die vorläufige Entscheidung kann die Zeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache überbrücken, indem sie eine Rechtsposition sichert, eine Angelegenheit vorläufig regelt oder dringend benötigte Leistungen gewährt, damit zwischenzeitlich keine vollendeten Tatsachen entstehen

²¹BVerfG NJW 2003, 1924; 1993, 1635; Roth in Stein/Jonas, 22. Aufl., vor § 253, Rn 120; Enders in Epping/Hillgruber, Art. 19, Rn 51; Art. 20, Rn 185.

²²Saenger, S. 5; Thümmel in Wieczorek/Schütze, vor § 916, Rn 1.

²³BVerfG NVwZ-RR 2008, 657, 658; BGH NJW 2004, 2297, 2298; Schoch, S. 153; Vogg, S. 43.

²⁴Enders in Epping/Hillgruber, Art. 19, Rn 77; Huber in v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19, Rn 479; BVerfG NVwZ 2004, 93, 94; BVerfG NJW 2007, 1176, 1177; BVerfG NVwZ-RR 2008, 657, 658.

²⁵BGH NJW 2004, 2297, 2298; Vogg, S. 43; Drescher in MüKo, Vorbem §§ 916 ff, Rn 4; Maunz/Dürig, Stand Feb 2003, Art. 19 IV, Rn 273; Huber in v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19, Rn 479.

²⁶Drescher in MüKo, Vorbem §§ 916 ff, Rn 1.

können.²⁷ Folglich nimmt das Eilrechtsschutzverfahren gegenüber dem deckungsgleichen Hauptsacheverfahren eine dienende Funktion ein, indem es die Effektivität des Rechtsschutzes in der Hauptsache sichert.²⁸ Durch die prozessuale Sicherung des materiellen Anspruchs des entsprechenden Hauptsacheverfahrens können im Sinne des Gebots effektiven Rechtsschutzes Rechtsschutzlücken vermieden werden. Die Beteiligten werden vorläufig durch die Eilregelung in ihrem Rechtsschutzinteresse befriedigt und nicht durch die lange Verfahrensdauer im ordentlichen Verfahren belastet.

II. Zweckmäßigkeit der bisher hauptsacheabhängig ausgestalteten Eilrechtsschutzmittel

§ 620a II 1 ZPO a.F. forderte für die Zulässigkeit einer Eilregelung die Anhängigkeit der Ehesache, regelmäßig also die alsbaldige Durchführung des Ehescheidungsverfahrens.²⁹ Die Bindung an die Ehesache ist vor dem Hintergrund der dienenden Funktion der einstweiligen Anordnung gegenüber dem deckungsgleichen Hauptsacheverfahren nicht nachvollziehbar, da es sich bei der Ehesache nicht um die deckungsgleiche Hauptsache handelt. Verzögernd auf die Zulässigkeit des Anordnungsantrags konnte sich der für die Inangangsetzung des Eheverfahrens erforderliche Ablauf eines Trennungsjahres auswirken.³⁰ Es kann daher sowohl die dienende Funktion des Eilverfahrens gegenüber der Ehesache als Hauptsache angezweifelt werden als auch die Effektivität des Rechtsschutzes in angemessener Zeit, da das Zuwarten bis zum Ablauf des Trennungsjahres den Rechtsschutzanspruch vereiteln oder zumindest erschweren kann. In diesem Fall war der Rechtsschutzsuchende auf ein isoliertes Hauptsacheverfahren neben dem Anordnungsverfahren angewiesen (§§ 644, 641d, 621g ZPO). Der Zweck der Kosteneinsparung von § 620 ZPO a.F.³¹ konnte dann nicht erreicht werden. Dieser Konsequenz wollte die Ansicht entgegenwirken, die ein isoliertes Verfahren mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig werden ließ, sobald mit Anhängigkeit der Ehesache eine einstweilige Anordnung erwirkt werden konnte.³² Diese Vorgehensweise hätte allerdings die Unübersichtlichkeit des Eilrechtsschutzverfahrens in ZPO und FGg noch

²⁷Giebler/Soyka, 5. Aufl., Rn 1.

²⁸Walker, Rn 62; Vogg, S. 47; Leipold, S. 83.

²⁹Zu §§ 627-627c ZPO bis zum 1. EheRG v. 14.06.76 (BGBl. I S. 1421) vgl. Cranz, JR 1949, 331.

³⁰Schubert, FPR 1997, 185, 188.

³¹Vgl. Philippi in Zöller, 27. Aufl., § 620f, Rn 1.

³²OLG Karlsruhe OLGZ 1979, 489, 492; OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 806.

verstärkt.³³ Wird schon nicht die Anhängigkeit des deckungsgleichen Hauptsacheverfahrens gefordert, hätte auf die Verfahrensunselbständigkeit auch vollständig verzichtet werden können.

Für einzelne FG-Angelegenheiten ermöglichte § 621g ZPO a.F. den Erlass einstweiliger Anordnungen für FG-Folgesachen außerhalb der Ehesache mit dem Zulässigkeitsfordernis der Anhängigkeit des deckungsgleichen Hauptsacheverfahrens. Die isolierte einstweilige Anordnung auf Unterhalt (§§ 644, 641d ZPO) erging ebenfalls nur unter der Voraussetzung der Hauptsacheanhängigkeit. Aus dem funktionellen Verhältnis der Verfahren zueinander ergibt sich die Notwendigkeit der Abhängigkeit bei Antragstellung im Eilverfahren nicht. Um die Durchsetzung des angeblichen Anspruchs in der Hauptsache vorläufig zu sichern, ist es unerheblich, ob das Hauptsacheverfahren bereits anhängig ist. Erst mit Erlass einer Endentscheidung in der Hauptsache muss diese die nur summarische Entscheidung über den gesicherten materiellen Anspruch aufheben, weil dann deren Sicherungszweck, der den Eilrechtsschutz verfassungsrechtlich legitimiert (*s.o. B.I.*), erfüllt ist.³⁴ Folglich ist erst mit Abschluss des Hauptsacheverfahrens eine mittelbare Verknüpfung der Verfahren notwendig. Gegen die Anhängigkeit als Zulässigkeitsvoraussetzung spricht auch, dass in der Praxis häufig im mündlichen Termin des Eilverfahrens mit dem Einverständnis der Beteiligten gleichzeitig das Hauptsacheverfahren geregelt wurde, so dass die beiden Entscheidungen inhaltlich übereinstimmten, aber die gesamten Kosten anfielen.³⁵

Die Entscheidung des Gesetzgebers für die Abhängigkeit im Familienverfahrensrecht ist verwunderlich, weil die Zivilprozessordnung mit Arrest und einstweiliger Verfügung hauptsacheunabhängigen Rechtsschutz kennt und diesen eingeschränkt auch in Familienangelegenheiten gewährt hat. Die Orientierung an den Eilrechtsschutzmitteln der ZPO wäre daher für die Praktikabilität des Eilverfahrens selbst und im Sinne einer Harmonisierung sinnvoller gewesen.³⁶

³³Vgl. Roth, JZ 1996, 805, 807.

³⁴Vgl. Walker, Rn 543.

³⁵Vgl. Stockmann in Kemper/Schreiber, § 52, Rn 2.

³⁶Vgl. Brehm/Overdick in Anm. zu OLG Hamm FamRZ 1992, 337, 340; Ritter, S. 29, Fn 134; Schubert, FPR 1997, 185, 188.

In den übrigen FG-Familien­sachen wurde für die teilweise ausdrücklich geregelten Formen des einstweiligen Rechtsschutzes und die richterrechtlich entwickelte vorläufige Anordnung ebenfalls die verfahrensrechtliche Abhängigkeit von der deckungsgleichen Hauptsache angenommen.³⁷ Eine plausible Erklärung wäre hier erst recht erforderlich gewesen, weil es dafür im FGG keine ausdrückliche gesetzliche Regelung gab.³⁸ Man leitete die Abhängigkeit aus einzelnen Anordnungsvorschriften ab, die angeblich auf diese hindeuteten.³⁹ Da über diese Einzelregelungen hinaus aber keine Vorschriften zum einstweiligen Rechtsschutz in FG-Angelegenheiten existierten, konnte aus diesen auch kein entsprechender Grundsatz abgeleitet werden.⁴⁰ Wurde die einstweilige Anordnung als unzulässig abgewiesen, weil ein entsprechender Hauptsacheantrag fehlte, entstand dadurch eine Rechtsschutzlücke, die mit dem Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes in Widerspruch stand.⁴¹ Um der Eilbedürftigkeit des Verfahrens gerecht zu werden wurde daher in Antrags­sachen teilweise der Anordnungsantrag so ausgelegt, dass er zugleich das Begehren enthält, das Hauptsacheverfahren einzuleiten.⁴² Diese Auslegung war reine Fiktion.⁴³ In Amtsverfahren hingegen sollte der Richter zumindest umgehend die Einleitung der Hauptsache veranlassen.⁴⁴ Hieraus hat das *OLG Bamberg* abgeleitet, dass in Amtsverfahren der Erlass einer einstweiligen Anordnung ausnahmsweise auch ohne eine anhängige Hauptsache mit gleichartigem Verfahrensgegenstand ergehen kann.⁴⁵ Ritter ging so weit, dies als stillschweigende Abkehr vom Unselbständigkeitsdogma anzusehen.⁴⁶ Richtigerweise ist aber mit *Gießler* zu sehen, dass in den isolierten FG-Angelegenheiten eine gesetzliche Regelung erforderlich gewesen wäre, um hauptsacheunabhängig eine Anordnung zu erlassen.⁴⁷ Die richterrechtlich entwickelte vorläufige Anordnung ist keine hinreichende verfahrensrechtliche Legitimation für die mit dem Anordnungsbeschluss einhergehenden Eingriffe in die Rechtspositionen der Beteiligten, die aus rechtsstaatlichen Gründen

³⁷Keidel/Kuntze/Winkler, 15. Aufl., § 19, Rn 30; Dose, 2. Aufl., Rn 195.

³⁸Vgl. Brehm/Overdick in Anm. zu OLG Hamm FamRZ 1992, 337, 340

³⁹Gießler, 3. Aufl., Rn 300; §§ 50d, 69f FGG; Müller, JR 1954, 52, 53.

⁴⁰Ritter, S. 28.

⁴¹Ritter, S. 29.

⁴²OLG Karlsruhe NJW 1978, 2100; OLG Braunschweig FamRZ 1980, 568.

⁴³Ritter, S. 30; SchlHOLG, SchlHA 1983, 194.

⁴⁴Keidel/Kuntze/Winkler, 15. Aufl., § 19, Rn 30; Gießler, 3. Aufl., Rn 301.

⁴⁵OLG Bamberg FamRZ 1995, 179f..

⁴⁶Ritter, S. 29.

⁴⁷Gießler, 3. Aufl., Rn 300, Fn 19.

erforderlich ist. Ohne gesetzliche Regelung kann diese nur aus dem deckungsgleichen Hauptsacheverfahren abgeleitet werden.⁴⁸ Ohne Zutun des Gesetzgebers hatte das Gericht daher keine andere Möglichkeit die Rechtsschutzlücke zu füllen, als gekoppelt an die Durchführung des entsprechenden Hauptsacheverfahrens.

Die Möglichkeit der Koppelung des Eilverfahrens an das zwischen den Anordnungsbeteiligten laufende Eheverfahren (§ 620 ZPO a.F.) ist zwar unverständlich im Hinblick auf die Funktion der einstweiligen Anordnung, kann aber positiv als Lockerung vom Prinzip der Verfahrensabhängigkeit angesehen werden: Da gerade nicht das deckungsgleiche Hauptsacheverfahren anhängig sein musste, hätte die einstweilige Anordnung die Streitigkeit dauerhaft regeln können.⁴⁹ Zu diesem Zweck beanspruchte diese auch über die Rechtskraft der Ehescheidung hinaus Geltung, § 620f I 1 ZPO a.F., solange nicht ein deckungsgleiches Hauptsacheverfahren zusätzlich durchgeführt oder ausdrücklich etwas abweichendes geregelt wurde.⁵⁰ Die verlängerte Geltungsdauer aus § 620f ZPO a.F. sollte die Gerichte dazu anhalten, eine möglichst als endgültig zu übernehmende Regelung zu treffen, um eine spätere Abänderung möglichst auszuschließen.⁵¹ Nach den Motiven ist in der Praxis nach Erlass einer einstweiligen Anordnung im Eheverfahren die Hauptsache häufig nicht mehr beantragt worden, so dass auch die vollständige Abkoppelung sinnvoll erscheint.⁵² Bestand dennoch Abänderungsbedarf, was nach Ende des emotional geladenen Eheverfahrens, an dessen Anfang regelmäßig bereits die Eilregelung erlassen wurde, sehr wahrscheinlich war, musste auf Grund der Koppelung nach Abschluss des Eheverfahrens das deckungsgleiche Hauptsacheverfahren eingeleitet werden, vgl. § 620b ZPO a.F..⁵³ Sieht man die Regelung des § 620 ZPO a.F. als Lockerung des Unselbständigkeitsdogmas mit dem Ziel, die entsprechende Hauptsache zu vermeiden, ist die Rechtsschutzmöglichkeit des Antragsgegners über die negative Feststellungsklage und die Leistungsklage auf Rückforderung aus §§ 812ff. BGB⁵⁴ als unzureichend anzusehen. Dadurch den Antragsgegner zur Akzeptanz

⁴⁸Gießler, 3. Aufl., Rn 300, Fn 19; vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, 15. Aufl., § 19, Rn 30.

⁴⁹Schubert, FPR 1997, 185, 188; Philippi in Zöllner, 27. Aufl., § 620f, Rn 1; OLG München FamRZ 1987, 610f.; Roßmann, ZFE 2008, 245, 250.

⁵⁰Kroiß/Seiler, § 3, Rn 53; Finger in MüKo, § 620f, Rn 1, 3, 19.

⁵¹Rogner in Bergerfurth/Rogner, Rn 219.

⁵²BT-Drucks. 16/6308 S. 201.

⁵³Finger in MüKo, § 620b, Rn 8.

⁵⁴BGH NJW 1983, 1330, 1331.

der vorläufigen Maßnahme als Streitbeilegend zu veranlassen, schwächt dessen Position gegenüber dem Antragsteller: Nach der Herleitung aus der Garantie auf effektiven Rechtsschutz ist dem Antragsteller Eilrechtsschutz zu gewähren um die Rechtsschutzlücke bis zur endgültigen Entscheidung in der Hauptsache schließen zu können. Macht er von der Eilregelung Gebrauch, soll er daher nicht die Initiative für ein entsprechendes Hauptsacheverfahren auf den Antragsgegner verlagern können.⁵⁵

Im Ergebnis ist die Verfahrensabhängigkeit des Eilrechtsschutzes von der Hauptsache und der Ehesache als unzweckmäßig hinsichtlich des Arbeits-, Zeit- und Kostenaufwands anzusehen.⁵⁶ Dies gilt erst recht, da die dienende Funktion des Anordnungsverfahrens gegenüber der deckungsgleichen Hauptsache diese Verbindung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht voraussetzt. Im Rahmen des § 620 ZPO a.F. war der Rechtsschutz ungleich zu Lasten des Antragsgegners ausgestaltet. Insgesamt passt der hauptsacheabhängige Eilrechtsschutz auch nicht in das System einstweiliger Sicherungsmittel.⁵⁷

C. Ausgestaltung der einstweiligen Anordnung als selbständiges Verfahren

Die Entscheidung des Gesetzgebers, das familienverfahrensrechtliche Eilverfahren verfahrenselbständig auszugestalten ist sehr zu begrüßen, da aus den alten Vorschriften nicht hervorging, warum der Rechtsschutz in Familiensachen hauptsacheabhängig ausgestaltet sein sollte.⁵⁸ Neben der auch in der Praxis erwiesenen Unzweckmäßigkeit, hat sich der Gesetzgeber im Sinne der Harmonisierung der Eilrechtsschutzmittel aus dem Zivilverfahrensrecht für die Selbständigkeit des Anordnungsverfahrens entschieden.⁵⁹ Die allgemeinen Vorschriften für die einstweilige Anordnung finden sich in den §§ 49-57 FamFG und gelten für alle FG-Angelegenheiten, sowie die Familienstreitsachen (§ 119 I 1 i.V.m. § 112 FamFG). In Ehesachen (§ 121 FamFG) kommt auf Grund deren ausschließlich rechtsgestaltender Wirkung der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht in Betracht.⁶⁰ Die übersichtlichen Regelungen im

⁵⁵Braeuer in Anm. zu BGH NJW 1983, 1330 in FamRZ 1984, 10, 13f.; vgl. Morbach, S. 113.

⁵⁶Althammer, NJW-Sonderheft 2011, 27f.

⁵⁷Ritter, S. 31.

⁵⁸Reischauer-Kirchner, ZRP 1998, 355, 359; Brehm/Overdick in Anm. zu OLG Hamm FamRZ 1992, 337, 340; vgl. van Els, FPR 2008, 406, 408.

⁵⁹BT-Drucks. 16/6308 S. 199.

⁶⁰Weber in Keidel, 17. Aufl., § 119, Rn 1.

allgemeinen Teil machen den Eilrechtsschutz transparenter und praktikabler für den Anwender.⁶¹ Die Verfahrensselbständigkeit gilt auch, wenn das Hauptsacheverfahren anhängig ist, § 51 III 1 FamFG. Eine verfahrensrechtliche Verbindung zu einer parallel laufenden Ehesache zwischen den Beteiligten des Anordnungsverfahrens besteht nicht mehr. Dadurch werden Rechtsschutzlücken, verursacht durch das Abwarten des Trennungsjahres, verhindert.⁶²

Die §§ 49ff. FamFG ersetzen auch die ungeschriebene vorläufige Anordnung.⁶³ Nachdem das FamFG an keiner Stelle auf die einstweilige Verfügung (§§ 935-942 ZPO) verweist, ist deren Anwendung in dessen Anwendungsbereich ausgeschlossen.⁶⁴ Der Arrest (§§ 916ff. ZPO) kann über § 119 II FamFG weiterhin Vermögensansprüche in Familienstreitsachen vorläufig sichern. In der Regel wird aber in den praxisrelevanten Unterhaltssachen mit der einstweiligen Anordnung das Ziel umgehender Unterhaltsleistung verfolgt werden.

Die Vereinfachung und Beschleunigung der Antragstellung durch Verringerung der Zulässigkeitsvoraussetzungen ist ebenfalls eine positive Folge der Abkoppelung.⁶⁵ In Antragsverfahren können die Beteiligten nun auch in isolierten Verfahren entscheiden, ob sie parallel oder anschließend die Durchführung des entsprechenden Hauptsacheverfahrens als erforderlich ansehen. So wird die Dispositionsfreiheit der Beteiligten über die Verfahrensgestaltung und damit auch über die anfallenden Kosten gestärkt.⁶⁶

Die allgemeine Stärkung des Eilverfahrens soll die Beteiligten vor allem auf Grund dessen ökonomischer Verfahrensgestaltung und der verringerten Kosten gegenüber dem Hauptsacheverfahren (vgl. § 41 FamGKG) idealiter dazu veranlassen, auf das entsprechende Hauptsacheverfahren zu verzichten.⁶⁷ Interessant sind, neben der Arbeitersparnis für die Gerichte, für den Gesetzgeber vor allem die Einsparungen im Bereich der Verfahrenskostenhilfe bei Vermeidung des Hauptsacheverfahrens.⁶⁸ Im Sinne der Verpflichtung, dem

⁶¹van Els, FPR 2008, 408; Althammer, NJW-Sonderheft 2011, 27, 28.

⁶²Ritter, S. 30.

⁶³BT-Drucks. 16/6308 S. 167.

⁶⁴BT-Drucks. 16/6308, S. 226.

⁶⁵Schnitzler, Stellungnahme, S. 3.

⁶⁶Ritter, S. 31

⁶⁷BT-Drucks. 16/6308 S. 201.

⁶⁸Bruns, FamFR 2009, 8; s.a. Klein, FuR 2009, 241; BR-Drucks. 309/07 S. 378.

Einzelnen wirksamen, effektiven Rechtsschutz zu gewähren,⁶⁹ wird auch die bisher zu Lasten des Antragsgegners bestehende Rechtsschutzlücke geschlossen, indem dieser in Antragsverfahren den Antragsteller durch das Gericht zur Hauptsacheüberprüfung veranlassen kann (§ 52 II FamFG).

⁶⁹BT-Drucks. 16/6308 S. 201.

3. TEIL

Verfahren bis zum Erlass einer einstweiligen Anordnung (§§ 49-51 FamFG)

A. Rechtsschutzziel

Der Rechtsschutzsuchende wird den Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen wollen, wenn ein Zuwarten bis zur Hauptsacheentscheidung die Rechtsdurchsetzung wesentlich erschweren oder verhindern würde (*vgl. 2. Teil: B.I.*). Die einstweilige Anordnung ermöglicht bei entsprechender Dringlichkeit des Rechtsschutzbegehrens, schon vor Beginn bzw. Beendigung des ordentlichen Erkenntnisverfahrens einen vorläufigen Titel zu erwirken, mit dem für den Schuldner durch Zeitablauf drohende Schäden abgewendet oder die Zwangsvollstreckung aus dem späteren Hauptsacheurteil sichergestellt werden kann, um die Effektivität des Rechtsschutzes zu gewährleisten.⁷⁰ Zu diesem Zweck ist das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ein summarisches und daher grundsätzlich beschleunigt durchzuführen.⁷¹ § 51 II 1 2. Hs. FamFG kann ein Hinweis auf ein allgemeines Beschleunigungsgebot entnommen werden,⁷² das sich grundsätzlich auch aus der Eigenschaft als summarisches Verfahren und aus Funktion im effektiven Rechtsschutz ergibt, indem im Eilrechtsschutzverfahren verfahrensrechtliche Besonderheiten zulässig sind, die grundsätzlich auf dem Zweck der beschleunigten Entscheidungsfindung beruhen.⁷³

Gerade in Familiensachen ist eine gerichtliche Regelung häufig besonders dringlich und eilbedürftig, da akute Kindeswohlgefährdungen, elementare unterhaltsrechtliche Grundbedürfnisse oder die Zuweisung der Ehwohnung zum Schutz eines Ehegatten vor gewalttätigen Übergriffen Gegenstand des Verfahrens sein können. Auch in einfach gelagerten Umgangsstreitigkeiten kann

⁷⁰Thümmel in Wieczorek/Schütze, vor § 916, Rn 1.

⁷¹BT-Drucks. 16/6308 S. 199; Stöber in Prütting/Helms, § 49, Rn 18.

⁷²Giebler, FPR 2006, 421, 424.

⁷³Born in HeiB/Born, 25. Kap., Rn 47; Schulze in Enders/Börstinghaus, Rn 593.

wegen des abweichenden kindlichen Zeitempfindens eine rasche Regelung weichenstellende Fehlentwicklungen im Sinne einer Entfremdung vermeiden.⁷⁴

I. Verfahrensgegenstand

Während das Hauptsacheverfahren die endgültige Regelung der Angelegenheit zwischen den Beteiligten zum Gegenstand hat,⁷⁵ besteht das Anordnungsverfahren aus den Verfahrensteilen der Anordnung der Sicherung und deren Vollziehung.⁷⁶ Um der Hauptsache die rechtskräftige Entscheidung über den Streitgegenstand vorzubehalten,⁷⁷ kann Streitgegenstand des Eilverfahrens nicht der materiell-rechtliche Anspruch sein. Streitgegenstand des Eilverfahrens ist vielmehr der prozessuale Anspruch auf Sicherung der gegenwärtigen oder zukünftigen Rechtsstellung im Hauptsacheverfahren.⁷⁸ Dieser vorläufige Sicherungsanspruch ist Ausprägung des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs und existiert materiell-rechtlich nicht.⁷⁹

Rechtsschutzziel im Eilverfahren kann folglich nur eine vorläufige gerichtliche Entscheidung sein,⁸⁰ die als leicht abänderbare und ersetzbare Regelung (vgl. §§ 49 I, 54, 56 FamFG) hinter dem Rechtsschutzziel des Hauptsacheverfahrens zurück bleibt. Die Eilmaßnahme soll, bis zur Entscheidung im ordentlichen Verfahren, eine für beide Beteiligte befriedigende, jederzeit abänderbare Regelung treffen, um die Beteiligten durch lange Verfahrensdauer nicht zu belasten. Außerhalb der geforderten Dringlichkeit wird die einstweilige Anordnung weder statthaft noch sinnvoll sein, da die Entscheidung in der Hauptsache in materieller Rechtskraft erwachsen kann und ihr eine ausführliche Sach- und Rechtsprüfung durch das Familiengericht vorausgeht.

II. Konsequenz für das Verhältnis zur Hauptsache

Da Hauptsache- und Anordnungsverfahren unterschiedliche Verfahrensgegenstände regeln, steht die Rechtshängigkeit der einstweiligen

⁷⁴Vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 237.

⁷⁵Giebler/Soyka, 5. Aufl., Rn 1.

⁷⁶Reichold in Thomas/Putzo, 32. Aufl., § 49 Vorbem, 1.

⁷⁷Thümmel in Wieczorek/Schütze, vor § 916, Rn 14.

⁷⁸Drescher in MüKo, Vorbem §§ 916ff, Rn 13; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916, Rn 15.

⁷⁹Thümmel in Wieczorek/Schütze, vor § 916, Rn 14; Drescher in MüKo, Vorbem §§ 916ff., Rn 13.

⁸⁰Walker in Schuschke/Walker, vor § 916, Rn 15.

Anordnung der Zulässigkeit der Hauptsache nicht entgegen und umgekehrt. Die Hauptsache wird auch durch einen Anordnungsbeschluss nicht versperrt, da dieser mangels inhaltlicher Erkenntnis über den Sachanspruch nicht der materiellen Rechtskraft fähig ist.⁸¹ Deshalb kann von der vorläufigen Entscheidung im Anordnungsverfahren auch keinerlei Bindungswirkung gegenüber der Hauptsacheentscheidung ausgehen.

Wird parallel zum Anordnungsverfahren ein deckungsgleiches Hauptsacheverfahren eingeleitet, bleibt es bei der Selbständigkeit des Anordnungsverfahrens, § 51 III 1 FamFG. Auch das Rechtsschutzbedürfnis für ein paralleles Hauptsacheverfahren entfällt nicht durch Rechtshängigkeit der einstweiligen Anordnung.⁸² Der Antragsteller kann die abschließende Klärung in der Hauptsache begehren, auch wenn er ein Eilbedürfnis an dem Erlass einer vorläufigen Maßnahme hat. Ob das Fortbestehen des Rechtsschutzbedürfnisses jedem Rechtsschutzsuchenden zur Einleitung des ordentlichen Verfahrens verhilft oder Einschränkungen für Bedürftige im Rahmen der Verfahrenskostenhilfe über die Negativvoraussetzung des mutwilligen Handelns erforderlich sind, bleibt noch zu klären. Gleiches gilt für den Fall, dass die Hauptsache nach abgeschlossenem Anordnungsverfahren eingeleitet werden soll. Für diese Konstellation hat der Gesetzgeber § 52 FamFG geschaffen.

Der Wechsel vom selbständigen Eilverfahren in das Hauptsacheverfahren und umgekehrt ist unzulässig.⁸³ Dafür besteht aber auch kein Bedürfnis, da der Eilantrag jederzeit zurückgenommen, die Hauptsache erhoben und der Eilantrag auch während der Rechtshängigkeit der Hauptsache gestellt werden kann.⁸⁴

III. Keine anderweitige Rechtshängigkeit

Die anderweitige Rechtshängigkeit einer einstweiligen Anordnung mit demselben Verfahrensgegenstand hindert die Rechtshängigkeit eines erneuten Anordnungsverfahrens.⁸⁵ Das Eilverfahren ist bereits mit Antragstellung bei Gericht rechtshängig, da für den Erlass einer einstweiligen Anordnung die

⁸¹Saenger, S. 50, 51.

⁸²BT-Drucks. 16/6308 S. 199; Giebler/Soyka, 5. Aufl., Rn 53.

⁸³B/L/A, 70. Aufl., § 920, Rn 10; Vollkommer in Zöller, 29. Aufl., § 920, Rn 14.

⁸⁴Walker in Schuschke/Walker, vor § 916, Rn 15.

⁸⁵Giebler/Soyka, 5. Aufl., Rn 84ff.; Drescher in MüKo, Vorbem §§ 916ff., 16.

Zustellung an den Antragsgegner nicht erforderlich ist.⁸⁶ In Familienstreitsachen ergibt sich das Hindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit aus § 261 III Nr. 1 ZPO i.V.m. §§ 51 II 1, 113 I 2 FamFG. In den übrigen Familiensachen könnte, wie nach bisher vertretener Ansicht zu den Antragsachen, § 261 III Nr. 1 ZPO entsprechend gelten, da das FamFG keine entsprechende Regelung bietet.⁸⁷ Andernfalls könnten wegen der Belastung zweier Gerichte widersprüchliche Entscheidungen ergehen.⁸⁸ In Amtsverfahren könnte gem. § 2 I FamFG darauf abgestellt werden, dass das zweitbefasste Gericht gar nicht zuständig ist.⁸⁹ *Gießler* wendet zutreffend ein, dass § 2 I FamFG grundsätzlich nur bei mehreren örtlich zuständigen Gerichten anwendbar ist und außerhalb dieser Fälle sonst eine Zuständigkeitsbestimmung nach § 5 I Nr. 3 FamFG erforderlich werden könnte, die effektivem Eilrechtsschutz entgegensteht.⁹⁰ Daher müsse § 2 I FamFG in Eilverfahren weit ausgelegt werden und ohne die örtliche Zuständigkeit mehrerer Gerichte anwendbar sein.⁹¹ Aus § 45 FamFG, der die einstweilige Anordnung zumindest in formeller Rechtskraft erwachsen lässt, kann auch abgeleitet werden, dass ein zweiter Antrag unzulässig sein soll bzw. in Amtsverfahren als negative Voraussetzung zu prüfen wäre, um §§ 54, 57 FamFG nicht auszuhebeln.⁹²

IV. Rechtsschutzbedürfnis

Primärer Zweck des Rechtsschutzbedürfnisses ist der Schutz der Rechtspflege vor übermäßiger Belastung.⁹³ Im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses ist daher zu prüfen, ob der Antragsteller ein gerechtfertigtes Interesse an der beantragten Eilentscheidung hat. Es fehlt, wenn zur Durchsetzung des Rechtsschutzbegehrens das Verfahren nicht erforderlich oder das verfolgte Ziel nicht schützenswert ist.⁹⁴ Obwohl diese Zulässigkeitsvoraussetzung streng von dem Bedürfnis nach rascher Entscheidung als Teil der Begründetheit zu trennen

⁸⁶Gießler/Soyka, 5. Aufl., Rn 40; Grunsky in Stein/Jonas, 22. Aufl., vor § 916, Rn 10.

⁸⁷Gießler/Soyka, 5. Aufl., Rn 84; Zimmermann in Keidel/Kuntze/Winkler, 15. Aufl., § 31, Rn 25.

⁸⁸Vgl. Foerste in Musielak, 8. Aufl., § 261, Rn 9.

⁸⁹Zum inhaltsgleichen § 4 FGG a.F. Zimmermann in Keidel/Kuntze/Winkler, 15. Aufl., § 31, Rn 25; Habscheid in Jansen, § 31, Rn 14.

⁹⁰Gießler/Soyka, 5. Aufl., Rn 84.

⁹¹Gießler/Soyka, 5. Aufl., Rn 84.

⁹²Vgl. van Els, FPR 2008, 406, 408.

⁹³Saenger, S. 301; BGH NJW 1978, 2031, 2032.

⁹⁴Sternal in Keidel, 17. Aufl., § 23, Rn 33; Roth in Stein/Jonas, 22. Aufl., vor § 253, Rn 133; Walker, Rn 207.

ist,⁹⁵ wird der Anordnungsgrund als Sonderfall des Rechtsschutzbedürfnisses angesehen, so dass bei dessen Fehlen meist auch die besondere Dringlichkeit fehlen würde.⁹⁶ Die Funktion des Rechtsschutzbedürfnisses, zweckwidrige Prozesse zu verhindern, übernimmt im Eilverfahren also im Wesentlichen der Anordnungsgrund.⁹⁷ Für den Antragsteller ist es unerheblich, ob der Antrag durch Sach- oder Prozessentscheidung abgewiesen wird,⁹⁸ da der einstweilige Rechtsschutz erneut beantragt werden kann.⁹⁹ Ein seltener Fall des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses ist, wenn es zur Sicherung der Vollstreckung des Hauptsachetitels keines zusätzlichen Titels bedarf, weil die sofortige Wirksamkeit angeordnet worden ist (§§ 116 III 2, 120 II FamFG), oder für das Feststellungsbegehren, keinen Unterhalt zu schulden, da keine Rechtskraftwirkung in der Hauptsache eintritt.¹⁰⁰ Wird die Sicherung eines erst künftig fälligen Anspruchs begehrt, folgt aus § 52 II FamFG, dass ein Rechtsschutzbedürfnis für den Eilrechtsschutz nur besteht, wenn auch in der Hauptsache bereits ein Antrag gestellt werden könnte. Das fehlende Rechtsschutzbedürfnis im Eilverfahren lässt daher keinesfalls auf dessen Fehlen für ein Hauptsacheverfahren mit entsprechendem Streitgegenstand schließen.

B. Verfahrenseinleitung

Das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird nur durch Antrag eingeleitet, wenn es sich auch bei dem entsprechenden Hauptsacheverfahren um ein Antragsverfahren handelt, § 51 I 1 FamFG. Dieser Gleichlauf von Anordnungs- und Hauptsacheverfahren setzt sich im Verfahrensverlauf fort, sofern nicht die Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes Abweichungen erforderlich machen, § 51 II 1 FamFG. Das Recht und die Pflicht zur Einleitung eines Verfahrens bestimmt sich ausschließlich nach materiellem Recht.¹⁰¹ Aus den Vorgaben des materiellen Rechts folgt eine Dreiteilung hinsichtlich der Verfahrenseinleitung: Verfahren, die keinen Antrag voraussetzen und von Amts wegen geführt werden, reine Antragsverfahren und Verfahren, die erforderlichenfalls auch von Amts wegen eingeleitet werden

⁹⁵Saenger, S. 300f.

⁹⁶Gottwald, Vorbem, Rn 43; Vollkommer in Zöller, 29. Aufl., § 940, Rn 4.

⁹⁷Grunsky in Stein/Jonas, 22. Aufl., vor § 916, Rn 20; Vollkommer in Zöller, 29. Aufl., § 935, Rn 5.

⁹⁸Walker, Rn 208; Grunsky in Stein/Jonas, 22. Aufl., vor § 916, Rn 20.

⁹⁹Walker, Rn 208; 175f.

¹⁰⁰Giebler/Soyka, 5. Aufl., Rn 357; 47.

¹⁰¹Kemper, FamRB 2008, 345, 348; Friederici in Friederici/Kemper, § 23, Rn 1.

können.¹⁰² Als Verfahrensordnung greift das FamFG die materiellen Vorgaben lediglich auf: § 23 FamFG regelt das Antragsverfahren, während § 24 FamFG bestimmt, welche Bedeutung ein Antrag in Amtsverfahren hat.

Für das Anordnungsverfahren ist die Unterscheidung von Amts- und Antragsverfahren auch für die Einleitung des Abänderungsverfahrens (§ 54 I FamFG), des Verfahrens auf Neuentscheid auf Grund mündlicher Verhandlung (§ 54 II FamFG) und die Aussetzung der Vollstreckung (§ 55 FamFG) zu beachten. Besonders wichtig ist die Unterscheidung für die Anwendung der Fallgruppen des Außerkrafttretens der einstweiligen Anordnung in § 56 II FamFG und die nachträgliche Hauptsacheeinleitung (§ 52 FamFG), weil diese Vorschriften in ihrem Anwendungsbereich zwischen Amts- und Antragsverfahren unterscheiden.

I. Amtsverfahren

Aus der Existenz des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 26 FamFG) als Folge des öffentlichen Interesses an den Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit geht hervor, dass das FamFG grundsätzlich davon ausgeht, dass das Gericht Anordnungen von Amts wegen zu treffen hat, außer das Gesetz sieht die Verfahrenseinleitung nur auf Antrag vor.¹⁰³ Den Grundsatz, von Amts wegen ein Verfahren einleiten zu können, hat der Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt, weil er dies im Rahmen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit als selbstverständlich voraussetzt.¹⁰⁴ Aus einem Umkehrschluss aus § 51 I 1 FamFG folgt, dass für Verfahren, die in der Hauptsache keines Antrags bedürfen, dies auch für die Verfahrenseinleitung im einstweiligen Rechtsschutz gilt. Amtsverfahren sind Rechtsfürsorgeangelegenheiten, die wegen des besonderen öffentlichen Interesses vom Staat überwacht werden müssen.¹⁰⁵ Das Gericht wird in diesen Angelegenheiten von Amts wegen tätig, sobald es Kenntnis von Umständen erhält, die ein Tätigwerden notwendig machen.¹⁰⁶ Anträge haben nur die Bedeutung einer Anregung, § 24 FamFG. Wird in reinen Amtsverfahren ein

¹⁰²BT-Drucks. 16/6308 S. 185.

¹⁰³Brinkmann in Schulte-Bunert/Weinreich, § 24, Rn 2; v. König/v. Schuckmann in Jansen, §§ 8-18, Rn 4.

¹⁰⁴Ahn-Roth in Prütting/Helms, vor §§ 23, 24, Rn 1; v. König/v. Schuckmann in Jansen, §§ 8-18, Rn 4.

¹⁰⁵Büte in Johannsen/Henrich, 5. Aufl., § 51, Rn 3; Brehm, § 2, Rn 2.

¹⁰⁶Reichold in Thomas/Putzo, 32. Aufl., Einf, Rn 5.

Antrag gestellt, untersteht dieser nicht den Begründungsanforderungen des § 51 I 2 FamFG.¹⁰⁷

Die Kindschaftssachen als Rechtsfürsorgeangelegenheiten folgen keinem einheitlichen Prinzip bei der Trennung von Amts- und Antragsverfahren. Stellen die materiellen Vorschriften auf die Gefährdung des Kindeswohls ab, können entsprechende Verfahren von Amts wegen eingeleitet werden.¹⁰⁸ Dies ist vor allem innerhalb des Sorgerechtsverfahrens der Fall (§§ 1666, 1666a, 1667 BGB).¹⁰⁹

II. Antragsverfahren

1. Antragsverfahren

Antragsverfahren müssen im materiellen Recht ausdrücklich als solche bezeichnet werden.¹¹⁰ In FG-Angelegenheiten wird das Eilverfahren durch Stellung eines Verfahrensantrags (§ 23 FamFG) eröffnet. In Familienstreitsachen (§ 112 FamFG) ist ein hinreichend bestimmter Sachantrag zu stellen (§ 253 ZPO i.V.m. § 113 I 2 FamFG).

Der Antrag bestimmt auch den Verfahrensgegenstand. Die Antragsbindung korrespondiert mit der Dispositionsbefugnis der Beteiligten über den Verfahrensgegenstand.¹¹¹ Sind sie dispositionsbefugt, folgt aus ihrer Stellung als Verfahrenssubjekt, dass sie die Entscheidungsbefugnis des Gerichts beschränken können.¹¹² In Familienstreitsachen gilt die Dispositionsmaxime der ZPO. Der Verfahrensgegenstand unterliegt daher ausschließlich den Beteiligten und das Gericht ist an den Sachantrag gebunden (*ne ultra petita*).¹¹³ Außerhalb von Sachanträgen ist das Gericht nicht an den bezeichneten Verfahrensgegenstand gebunden,¹¹⁴ sondern befugt, den Antrag inhaltlich

¹⁰⁷Klein, FuR 2009, 241, 246.

¹⁰⁸Dose, Rn 211.

¹⁰⁹Sowie §§ 1629 II 3, 1630 II, 1631b, 1632 IV, 1640 III BGB (Büte in Johannsen/Henrich, 5. Aufl., § 51, Rn 3; Schwonberg in Schulte-Bunert/Weinreich, § 51, Rn 15; Heistermann in Schnitzler, S. 34, 36).

¹¹⁰Reichold in Thomas/Putzo, 32. Aufl., Einf., Rn 6; Jurgeleit in Jurgeleit, § 1, Rn 4.

¹¹¹Feskorn in Zöller, 29. Aufl., § 51, Rn 12.

¹¹²Ulrici in MüKo, § 23, Rn 13.

¹¹³Brehm, § 10, Rn 11; Dose, 3. Aufl., Rn 208.

¹¹⁴Gießler/Soyka, 4. Auflage, Rn 9.

auszulegen, zu ergänzen oder abzuändern.¹¹⁵ Der Austausch oder das Hinausgehen über den beantragten Gegenstand sind unzulässig.¹¹⁶ Aus der eingeschränkten Dispositionsfreiheit in FG-Familienachen resultiert die vereinfachte Antragstellung:¹¹⁷ Bestimmt genug ist der Verfahrensantrag bereits, wenn er die Art des Rechtsschutzziels deutlich macht.¹¹⁸

§ 51 I 2 FamFG regelt eine generelle Begründungs- und Glaubhaftmachungspflicht für alle Anträge, die über § 23 I 1 FamFG hinausgeht.¹¹⁹ Die Begründungspflicht umfasst den Vortrag der den Antrag rechtfertigenden Tatsachen und die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen, Anordnungsanspruch, Anordnungsgrund und das Regelungsbedürfnis.¹²⁰ Konkrete Anforderungen an die Begründung sind im Einzelfall durch die Besonderheiten des summarischen Verfahrens und die Schwere des beantragten Eingriffs in die Rechte des Verfahrensgegners zu bestimmen.¹²¹ Die erhöhte Antragsanforderung in § 51 I 2 FamFG entbindet das Gericht jedoch nicht von seiner Pflicht zur Amtsermittlung gem. § 26 FamFG.¹²² Der Umfang der Amtsermittlung bestimmt sich nach der Ausgestaltung des entsprechenden Hauptsacheverfahrens und nach Ermittlungsansätzen aus dem Sachverhalt.¹²³ § 23 FamFG ist eine Soll-Vorschrift, so dass sich eine fehlende Antragsbegründung nicht negativ auswirkt.¹²⁴ Für die Begründungspflicht aus § 51 I 1 FamFG ist dies nicht übertragbar, doch sollte eine mögliche Folge zuerst an der Amtsermittlungspflicht des Gerichts im konkreten Einzelfall gemessen

¹¹⁵Ahn-Roth in Prütting/Helms, § 23, Rn 2; Musielak/Borth, 2. Aufl., § 23, Rn 3; § 51, Rn 5; Ebert, § 3, Rn 63; OLG München FamRZ 1995, 1205, 1206; BayObLG NJW-RR 2001, 156, 157.

¹¹⁶Ritter, S. 35; Feskorn in Zöllner, 29. Aufl., § 51, Rn 12; v. König/v. Schuckmann in Jansen, vor §§ 8-18, Rn 11.

¹¹⁷Schwonberg in Schulte-Bunert/Weinreich, § 51, Rn 14.

¹¹⁸Brehm, § 10, Rn 9; Dose, Rn 214; Giers in Keidel, 17. Aufl., § 51, Rn 5; Brinkmann in Schulte-Bunert/Weinreich, § 23, Rn 14.

¹¹⁹Schwonberg in Klein, Stand Dez 2009, § 51, 21; Giers in Keidel, 17. Aufl., § 51, Rn 6; B/L/A, 70. Aufl., § 51, Rn 3; v. Swieykowski-Trzaska in Eckebrecht, § 2, Rn 217.

¹²⁰Gottwald in Bassenge/Roth, § 51, Rn 4; Schwonberg in Klein, Stand Dez 2009, § 51, Rn 21.

¹²¹Viefhues in Horn dasch/Viefhues, § 51, Rn 6f.; Klein, FuR 2009, 241, 246; Schwonberg in Klein, Stand Dez 2009, § 51, Rn 30.

¹²²Giers in Keidel, 17. Aufl., § 51, Rn 8.

¹²³Dose, 3. Aufl., Rn 230; v. Swieykowski-Trzaska in Eckebrecht, § 2, Rn 224; Giers in Keidel, 17. Aufl., § 51, Rn 8; Socha in Bahrenfuss, § 51, Rn 10f.; Schwonberg in Klein, Stand Dez 2009, § 51, Rn 21; Gießler/Soyka, 5. Aufl., Rn 50.

¹²⁴Jurgeleit in Jurgeleit, § 1, Rn 15.

werden.¹²⁵ Enthält der Antrag keinerlei Begründung, könnte schon an dem dringenden Regelungsbedürfnis seitens des Antragstellers gezweifelt werden.

Durch Verfahrens Antrag werden Kindesherausgabeverfahren (§ 1632 III BGB), solche der elterlichen Sorge (§§ 1671 I, II, 1672 BGB),¹²⁶ und Umgangssachen (§§ 1684, 1685 BGB)¹²⁷ eingeleitet. Das praxisrelevanteste Antragsverfahren in den Familienstreitsachen ist der Unterhalt (vgl. § 246 I FamFG).

2. Erforderlichenfalls von Amts wegen

Aus dem Wortlaut des § 51 I 1 FamFG, „nur auf Antrag eingeleitet werden“, folgt, dass in Angelegenheiten, die grundsätzlich auf Antrag, erforderlichenfalls aber auch von Amts wegen geführt werden können, auch ohne verfahrenseinleitenden Antrag der Erlass einer einstweiligen Anordnung geboten sein kann.¹²⁸ Ergibt sich dies aus den materiellen Vorschriften, ist das Gericht folglich zur Verfahrenseinleitung von Amts wegen befugt. Auf Antrag und von Amts wegen können Verfahren der elterlichen Sorge, des Umgangs und der Kindesherausgabe eingeleitet werden.¹²⁹ In der Praxis werden diese Verfahren in aller Regel nur auf Antrag eingeleitet.¹³⁰ Wird ein Antrag gestellt, muss dieser den Vorgaben aus § 23 FamFG entsprechen.¹³¹ Trotz Einleitung auf Antrag haben die Beteiligten wegen des besonderen Fürsorgeinteresses keine Dispositionsbefugnis über den Verfahrensgegenstand und das Verfahren wird von Amts wegen geführt.¹³²

¹²⁵Auf Grund der Eilbedürftigkeit insbesondere für die besondere Soll-Vorschrift des § 203 II, III FamFG.

¹²⁶Ebenso §§ 1626c II 3, 1628, 1630 III, 1631 III, 1632 III BGB (Dose, 3. Aufl., Rn 212; Büte in Johannsen/Henrich, 5. Aufl., § 51, Rn 2; v. Swieykowski-Trzaska in Eckebrecht, § 2, Rn 215; Socha in Bahrenfuss, § 51, Rn 2).

¹²⁷Schlünder in Beck-OK, § 51, Rn 2; Gießler/Soyka, 5. Aufl., Rn 809; Jaeger in Johannsen/Henrich, 5. Aufl., § 1671, Rn 4; Jurgeleit in Jurgeleit, § 1, Rn 2.

¹²⁸Völker/Clausius in Kemper/Schreiber, § 156, Rn 5.

¹²⁹§§ 1618 S. 4, 1632 IV, 1682, 1684 III, IV, 1686, 1687a, 1688 III 2, 1687 II BGB (Büte in Johannsen/Henrich, 5. Aufl., § 51, Rn 3; Dose, 3. Aufl., Rn 212; Giers in Keidel, 17. Aufl., § 41, Rn 4; Völker/Clausius in Kemper/Schreiber, § 156, Rn 5).

¹³⁰Dose, 3. Aufl., Rn 213.

¹³¹Ahn-Roth in Prütting/Helms, vor §§ 23, 24, Rn 4.

¹³²Ahn-Roth in Prütting/Helms, vor §§ 23, 24, Rn 4.

C. Kein Anwaltszwang, § 114 IV Nr. 1 FamFG

I. Sonderregelung im familienverfahrensrechtlichen Anordnungsverfahren, § 114 IV Nr. 1 FamFG

In Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit fordert § 10 IV FamFG vor dem BGH die anwaltliche Vertretung, während § 114 I, II FamFG für Ehesachen, deren Folgesachen (§ 137 II FamFG), auch solche in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, und Familienstreitsachen den Anwaltszwang auch vor Familiengericht und Oberlandesgericht anordnet.¹³³ § 114 FamFG ist allgemeine Vorschrift in Familiensachen (2. Buch) und damit *lex specialis* zu § 10 FamFG.¹³⁴ Auch wenn man die Befreiung vom Anwaltszwang für FG-Familiensachen schon aus § 10 FamFG – mit der Einschränkung vor dem BGH – entnehmen kann,¹³⁵ sollte § 114 FamFG doch als zusammenhängende Sonderregelung für alle Familiensachen (§ 111 FamFG) angesehen werden.¹³⁶ Für Ehe- und Familienstreitsachen ist die Anwendung des § 10 FamFG ohnehin ausgeschlossen, § 113 I 1 FamFG.

Die Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in Familiensachen sind gem. § 114 IV Nr. 1 FamFG unabhängig vom Verfahrensgegenstand vom Anwaltszwang befreit.¹³⁷ Die Vorschrift regelt eine Besonderheit des Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, die gem. § 51 II 1 FamFG die grundsätzlich geltenden Verfahrensnormen des Hauptsacheverfahrens überlagert.¹³⁸ Die Befreiung vom Anwaltszwang nach Abs. 4 gilt sowohl vor dem Familiengericht als auch vor dem Oberlandesgericht als Beschwerdegericht und dem BGH als Rechtsbeschwerdegericht.¹³⁹ Dass für das gesamte Anordnungsverfahren auf eine verpflichtende anwaltliche Vertretung verzichtet wird, ergibt sich aus der Systematik des § 114 FamFG.¹⁴⁰ Die Befreiung nach § 114 IV Nr. 1 FamFG ist gegenüber dem qualifizierten Anwaltszwang vor dem BGH aus § 10 IV FamFG *lex specialis*. Soweit vertreten wird, dass das

¹³³Musielak/Borth, § 114, Rn 1.

¹³⁴A. Walter in Bassenge/Roth, § 114, Rn 6.

¹³⁵Weber in Keidel, 17. Aufl., § 114, Rn 3; BGH FamRZ 2010, 1425.

¹³⁶Rehme in Schulte-Bunert/Weinreich, § 114, Rn 1; A. Walter in Bassenge/Roth, § 114, Rn 6; Götsche, FamRB 2009, 162; vgl. auch BT-Drucks. 16/6308 S. 181.

¹³⁷Schürmann, FamRB 2008, 375, 377.

¹³⁸Büte, FPR 2009, 14, 15.

¹³⁹Blank in Bahrenfuss, § 114, Rn 3.

¹⁴⁰Blank in Bahrenfuss, § 114, Rn 3.

Eilverfahren vor dem BGH nicht von der Ausnahme erfasst wird, betrifft dies das Behördenprivileg, weil § 114 III 2 FamFG als noch speziellere Regelung angesehen wird als Abs. 4.¹⁴¹ Das Anordnungsverfahren ist folglich generell vom Anwaltszwang ausgenommen.¹⁴²

Mithin können die Beteiligten das gesamte Verfahren selbst betreiben, vgl. § 10 I FamFG, wobei ihnen selbstverständlich die anwaltliche Vertretung unter den Voraussetzungen des § 10 II-IV FamFG bzw. § 78 I ZPO i.V.m. § 113 I 2 FamFG frei steht. Die Beteiligten können Anträge und Erklärungen selbst schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle abgeben, § 25 I FamFG. Der Gesetzgeber hat sich für die Befreiung vom Anwaltszwang entschieden, um das Verfahren zu vereinfachen und dadurch zu beschleunigen und kostensparender zu machen, wenn die Beteiligten auf Verfahrenskostenhilfe angewiesen sind (vgl. § 78 I FamFG bzw. § 121 I ZPO i.V.m. § 113 I 2 FamFG).¹⁴³ Dass der Verzicht auf anwaltliche Pflichtvertretung der früheren Rechtslage entspricht (vgl. §§ 620a II 2, 78 V ZPO a.F.),¹⁴⁴ ist insoweit unrichtig, als dass bislang nach einer vielfach vertretenen Ansicht die dort geregelte Ausnahme vom Anwaltszwang nur für das schriftliche Verfahren, nicht aber für den Antrag auf mündliche Verhandlung und die Verhandlung selbst Geltung entfalten sollte.¹⁴⁵ Es kam darauf an, ob die Hauptsache dem Anwaltszwang unterstand.¹⁴⁶

II. Verhältnis zum Hauptsacheverfahren

Wie bereits erläutert stellt § 114 IV Nr. 1 FamFG eine Besonderheit des Anordnungsverfahrens in Familiensachen i.S.v. § 51 II 1 FamFG im Verhältnis zur Hauptsache dar. Verfahrensrechtliche Besonderheiten im einstweiligen Rechtsschutz beruhen auf dessen Eilbedürftigkeit.¹⁴⁷ Jedenfalls in den

¹⁴¹B/L/A, 70. Aufl., § 114, Rn 6; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 168, Rn 19.

¹⁴²Götsche, FamRB 2009, 162, 163; Rehme, in: Schulte-Bunert/Weinreich, § 114, Rn 14; Gießler/Soyka, 5. Aufl., Rn 45; Weber in Keidel, 16. Aufl., § 114, Rn 16; Dose, Rn 235f.; A. Walter in Bassenge/Roth, § 114, Rn 9.

¹⁴³Aus diesen Gründen schon gefördert von Schubert, FPR 1997, 185, 188.

¹⁴⁴BT-Drucks. 16/6308 S. 224.

¹⁴⁵Schürmann, FamRB 2009, 375, 377; Gießler, 4. Aufl., Rn 109; Sedemund-Treiber in Johannsen/Henrich, 4. Auflage, § 620a, 11; Hüßtege in Thomas/Putzo, 29. Aufl., § 620a, Rn 2; OLG Frankfurt FamRZ 1978, 172; OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 709; Philippi in Zöller, 27. Aufl., § 620a, Rn 9.

¹⁴⁶Helms in Prütting/Helms, § 114, Rn 29.

¹⁴⁷Maier in Johannsen/Henrich, 5. Aufl., § 246, 10; van Els, FPR 2008, 406, 409.

Verfahren, die in der Hauptsache dem Anwaltszwang unterstehen (§ 114 I FamFG), stellt die Neuregelung eine Erleichterung der Zulässigkeitsvoraussetzungen dar und kann Kosten einsparen.

Eine Neuerung hinsichtlich des Anwaltszwangs in der Hauptsache hat sich in Unterhaltssachen und den Verfahren, die jetzt den Familienstreitsachen angehören (§ 112 Nr. 2, 3 FamFG), ergeben, indem der Anwaltszwang unabhängig vom Streitwert auf den ersten Rechtszug erweitert wurde.¹⁴⁸ Diese Erweiterung hat der Gesetzgeber wegen der zunehmenden materiellen Komplexität des Unterhaltsverfahrens und der regelmäßig existentiellen Bedeutung der Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen sowie des Grundsatzes der Waffengleichheit als erforderlich angesehen.¹⁴⁹ Während der *Bundesrat* entgegen diesem Erweiterungsvorschlag noch weitere Ausnahmen vom Anwaltszwang in Unterhaltssachen (§ 231 I FamFG), Lebenspartnerschaftssachen (§ 269 I Nr. 7, 8 FamFG) und sonstigen Familiensachen (§ 266 FamFG) in der Hauptsache forderte,¹⁵⁰ hielt der Bundestag an der Erweiterung fest. Der *Bundesrat* beabsichtigte dabei die Länderhaushalte vor Belastungen durch Verfahrenskostenhilfverfahren zu bewahren.¹⁵¹ Die *Bundesregierung* lehnte dies mit der Begründung ab, dass der Anwaltszwang vorrangig im Beteiligteninteresse liege und einer geordneten Rechtspflege diene.¹⁵² Eine Erweiterung in Unterhaltssachen sei erforderlich, da es praxisfremd sei, anzunehmen, dass ein Laie das Unterhaltsverfahren überblicken könne. Dies sei vor allem vor dem Hintergrund der existentiellen Bedeutung des Unterhalts nicht vorschnell anzunehmen.¹⁵³ Des Weiteren geht die *Bundesregierung* davon aus, dass trotz der Erweiterung des Anwaltszwangs auf Unterhaltsverfahren keine erhöhten Kosten im Rahmen des Verfahrenskostenhilfverfahrens auf die Länder zukommen, da bereits zur bisherigen Rechtslage die meisten bedürftigen Parteien anwaltlich vertreten wurden.¹⁵⁴

¹⁴⁸BT-Drucks. 16/6308 S. 223; Roth, JZ 2009, 805, 806; Büte, FPR 2009, 14, 15.

¹⁴⁹BT-Drucks. 16/6308 S. 223f.

¹⁵⁰BT-Drucks. 16/6308 S. 372.

¹⁵¹Kroiß/Seiler, § 3, Rn 28; vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 372.

¹⁵²BT-Drucks. 16/6308 S. 412.

¹⁵³BT-Drucks. 16/6308 S. 412; Jahnke, S. 7; v. Mettenheim in MüKo, 78, Rn 3.

¹⁵⁴BT-Drucks. 16/6308 S. 412; ebenso BR-Drucks. 309/07 S. 377.

Die endgültige Entscheidung des Gesetzgebers ist sehr zu begrüßen. Um geordnete Verfahrensabläufe zu gewährleisten, ist die anwaltliche Vertretung auch unabhängig vom Streitwert sinnvoll, da in Ansprüchen aus dem Familienrecht häufig mehr als nur der Streitwert Motiv der Beteiligten ist. *Schürmann* sieht die Pflicht zur anwaltlichen Vertretung selbst in einfach gelagerten Verfahren wegen der weiter bestehenden Möglichkeit, sich außergerichtlich auf Unterhaltszahlungen zu einigen als lediglich kostenverursachend.¹⁵⁵ Seiner Ansicht nach würden die materiellen Wirksamkeitsgrenzen einer solchen Vereinbarung ausreichen.¹⁵⁶ Da aber in den meisten Unterhaltsstreitigkeiten eine gerichtliche Entscheidung begehrt wird, ist es praktikabel sie in der Hauptsache generell dem Anwaltszwang zu unterstellen.

Trotz des Anwaltszwangs in Ehesachen und in selbständigen Familienstreitsachen, wie dem Unterhaltsverfahren gem. § 114 I FamFG besteht in einem vorhergehenden oder parallel laufenden unabhängigen Verfahren zur Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes kein Anwaltszwang.

III. Bewertung der Befreiung vom Anwaltszwang im Verhältnis zur Hauptsache

Es ist wenig nachvollziehbar, warum ein Anordnungsverfahren in Unterhaltssachen, das für den Laien nicht weniger kompliziert ist als die Hauptsache und auch noch dem Anspruch gerecht werden soll, möglichst streitbeendigend zu wirken, nicht von der Erweiterung des Anwaltszwangs erfasst wird. Ob der Verzicht auf eine verpflichtende anwaltliche Vertretung in Anordnungsverfahren womöglich grundsätzlich mit dem gesetzgeberischen Ziel, bereits im Anordnungsverfahren eine endgültige Streitentscheidung herbeizuführen, konfligiert, ist deshalb anhand der einstweiligen Unterhaltsanordnung zu untersuchen.

Besonders in Unterhaltsverfahren hat die Befreiung im einstweiligen Rechtsschutz Kontroversen ausgelöst,¹⁵⁷ da der Gesetzgeber die anwaltliche Vertretung für die Hauptsache unter vorbildlicher Begründung für unbedingt

¹⁵⁵Schürmann, FuR 2009, 130, 132.

¹⁵⁶Vgl. §§ 1614 I, 1585c BGB; Schürmann, FuR 2009, 130, 132.

¹⁵⁷Vgl. Bäumel, S. 51.