

„Einstweilige Anordnung – war´s das?“

**Herbsttagung Arbeitsgemeinschaft
Familienrecht im Deutschen Anwaltsverein**

Darmstadt, 25. November 2011

Verfasser und Referent: VRiOLG Dieter Büte

Alle Rechte vorbehalten

Gliederung:

„Einstweilige Anordnung – war’s das?“	1
Gliederung:	2
A. Reformziele und Regelungstechnik	3
B. Einstweilige Anordnungen	4
I. Bisherige Rechtslage	4
II. Gesetzliche Neuregelung der einstweiligen Anordnungen im FamFG	4
III. Normzweck	5
IV. Sonderregelungen	5
V. Voraussetzungen einer einstweilige Anordnung	7
1. Rechtfertigung nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften	7
2. Dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden	7
3. Vorläufige Maßnahmen	8
4. Einzelne Familiensachen	8
VI. In Betracht kommende Maßnahmen nach Abs. 2	9
C. Streitpunkte	11
I. Regelungsbedürfnis/Rechtsschutzbedürfnis bei elterlicher Sorge	11
II. Zuständigkeitsfragen	12
III. Fristbestimmungen nach § 52 FamFG	14
IV. Einstweilige Anordnung auf Unterhalt nach § 246 FamFG	16
V. Abänderung einer einstweiligen Anordnung nach § 54 FamFG	16
VI. Negativer Feststellungsantrag neben § 52 FamFG und § 54 FamFG	17
VII. Rechtsmittel nach § 57 FamFG	18
1. Grundsatz der Unanfechtbarkeit	18
2. Beschwerdefrist bei abgelehnten Anträgen	19
3. Beschwerdefrist bei Beschlüssen nach § 56 Abs. 3 FamFG	20
4. Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen nach § 1631b BGB	20
5. Rechtsmittel gegen abgelehnte Arrestanträge	20
6. Abhilfe bei einstweiligen Anordnungen	21
7. Unanfechtbarkeit einer einstweiligen Anordnung trotz mündlicher Verhandlung ...	21
8. Anfechtbarkeit von einstweiligen Anordnungen nach § 57 S. 2 Nr. 5 FamFG	21
9. Aufhebung einer einstweiligen Anordnung nach Vollziehung	
im Beschwerdeverfahren?	22
VIII. Verschärfte Haftung	22
IX. Verfahrenskostenhilfe bei einem gleichzeitig mit einem Hauptantrag	
gestellten einstweiligen Anordnungsantrag	23
X. Gewaltschutz	24
1. Vollstreckung	24
2. Mitteilung von Entscheidungen	24
D. Fazit insgesamt zum FamFG	25

A. Reformziele und Regelungstechnik

„Wenn man vom Allgemeinen zum Besonderen voranschreitet, ist zunächst im allgemeinen Teil des FamFG nach einschlägigen Normen zu suchen, anschließend ist zu überlegen, ob die dort aufgefundene Regelung ggf. durch die §§ 113-120 FamFG i.V.m. einer Norm aus der ZPO verdrängt wird, bevor in einem dritten Schritt zu prüfen ist, ob die aufgefundene ZPO-Norm ggf. wiederum durch eine Sonderregelung aus den §§ 120 ff. FamFG verdrängt wird.“ So hat Löhnig¹ die Regelungstechnik und den Prüfungsweg des am 1. September 2009 in Kraft getretenen Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit² beschrieben und damit die sich aufdrängende Frage aufgeworfen, ob der Umgang mit dem neuen Recht - wie vom Gesetzgeber verkündet - einfacher und übersichtlicher werden wird bzw. nach zwei Jahren in der praktischen Anwendung geworden ist. Behandelt wird heute nur das Recht der einstweiligen Anordnungen.

Die Gesetzesbegründung³ nennt u. a. folgende **Reformziele**:

- Ausbau der gegenwärtig lückenhaften Regelungen des FGG zu einer zusammenhängenden Verfahrensordnung
- rechtsstaatliche Ausgestaltung des Verfahrens mit dem Ziel, die durch die Verfassung und die Rechtsprechung begründeten Verfahrensgrundsätze ausdrücklich zu regeln
- Koordinierung mit anderen Verfahrensordnungen, um Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit zu garantieren
- anwenderfreundlicher Gesetzaufbau; anwenderfreundliche Gesetzessprache
- Stärkung der Konflikt vermeidenden und Konflikt lösenden Elemente im familiengerichtlichen Verfahren
- Beschleunigung von Verfahren über das Umgangs- und Sorgerecht
- Verstärkung der Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte betroffener Kinder
- Effizientere Gestaltung der Durchsetzung von Entscheidungen zum Sorgerecht, zur Kindesherausgabe und zum Umgangsrecht

¹ FamRZ 2007, 209

² BGBl. 2008 I S. 2586

³ BT-Drucks. 16/6308 S. 164

- Einführung eines von der Hauptsache unabhängigen einstweiligen Rechtsschutzes
- Einführung des „Großen Familiengerichts“.

B. Einstweilige Anordnungen

I. Bisherige Rechtslage

Der einstweilige Rechtsschutz war bisher in zahlreichen Einzelvorschriften geregelt (§§ 127 a, 620 ff., 621 f., 621 g, 641 d, 644, 916 ff., 935, 940 ZPO, 1615 o BGB, 64 Abs. 3 FGG, 15 IntFamRVG). Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit war vor Einführung des § 621 g ZPO durch Art. 4 Nr. 7 GewSchG durch Richterrecht die vorläufige Anordnung geschaffen worden, die – wie auch die einstweiligen Anordnungen für Ehesachen – ein dringendes Bedürfnis für ein unverzügliches Einschreiten (= dringendes Regelungsbedürfnis) voraussetzte, welches ein Abwarten bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache nicht gestattete.⁴ Voraussetzung sowohl bei den vorläufigen als auch bei den einstweiligen Anordnungen war die **Anhängigkeit einer Ehesache** oder eines Hauptsacheverfahrens oder zumindest die Einreichung eines PKH-Antrages (§ 620 a Abs. 2 Satz 1 ZPO). In Amtsverfahren war ein **deckungsgleiches Hauptsacheverfahren** unverzüglich einzuleiten.

II. Gesetzliche Neuregelung der einstweiligen Anordnungen im FamFG

Mit den §§ 49-57 FamFG liegt nunmehr eine alle bisherigen Arten der einstweiligen oder vorläufigen Anordnungen erfassende und unmittelbar geltende Verfahrensordnung vor. Wesentlicher Unterschied ist, dass ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung **nicht** mehr die Anhängigkeit einer gleichartigen Hauptsache bzw. den Eingang eines entsprechenden PKH-Antrages voraussetzt (Akzessorietät einer deckungsgleichen Hauptsache). Das Anordnungsverfahren ist selbst dann ein **eigenständiges Verfahren**, wenn eine Hauptsache anhängig ist (§ 51 Abs. 3 Satz 1 FamFG). Die **verfahrensmäßige Trennung** von Hauptsache und einstweiliger Anordnung entspricht der Situation bei Arrest und einstweiliger Verfügung in der ZPO. Nach Erlass einer einstweiligen Anordnung kann nach Maßgabe des § 52 FamFG ein Hauptsacheverfahren eingeleitet werden. Eine einstweilige Anordnung kann je-

⁴ OLG Stuttgart FamRZ 2000, 965; OLG Hamm FamRZ 2006, 1478 zu § 621 g ZPO

derzeit von Amts wegen, ein Antragsverfahren auf Antrag, unabhängig von dem Verfahrensstand des Hauptsacheverfahrens nach § 54 FamFG aufgehoben oder geändert werden. § 56 Abs. 2 FamFG stellt für das Außerkrafttreten einer einstweiligen Anordnung eine Verbindung mit der Hauptsache her in Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden. Die einstweilige Anordnung tritt außer Kraft, wenn die Hauptsache aus einem der in § 56 Abs. 2 Nr. 1-4 FamFG aufgeführten Gründe beendet wird oder wenn innerhalb einer vom Gericht gesetzten Frist weder ein Antrag auf Einleitung eines Hauptverfahrens noch ein Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe gestellt wird (§ 52 Abs. 2 FamFG). Eine Ausnahme von der Eigenständigkeit eines Anordnungsverfahrens besteht, wenn Unterhalt vom vermeintlichen Vater begehrt wird, obwohl dessen Vaterschaft weder nach § 1592 Nr. 1 und 2 BGB noch nach § 1593 BGB festgestellt worden ist. § 248 Abs. 1 FamFG verlangt nur in diesem Fall die Anhängigkeit eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens.

III. Normzweck

§ 49 FamFG ist die **Grundnorm** der Regelung der einstweiligen Anordnung. Abs. 1 regelt den Grundsatz des **Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache**, die **Notwendigkeit eines Anordnungsanspruchs** sowie eines **dringenden Regelungsbedürfnisses**. Abs. 2 enthält eine nähere Bezeichnung der in Betracht kommenden Maßnahmen. Das Gericht kann eine **Sicherungsanordnung** oder eine **Regelungsanordnung** erlassen.

IV. Sonderregelungen

In **Ehesachen und Familienstreitsachen** nach § 112 FamFG finden die §§ 49-57 FamFG Anwendung (§§ 113 Abs. 1, 119 Abs. 1 Satz 1 FamFG); in den Familienstreitsachen nach § 112 Nr. 2 und 3 FamFG ist § 945 ZPO (Schadensersatz) anwendbar. In Familienstreitsachen kann auch der Arrest nach den §§ 916-934 ZPO und §§ 943-945 ZPO angeordnet werden.

In **Kindschaftssachen**, die den Aufenthalt, das Umgangsrecht oder die Herausgabe eines Kindes betreffen, hat das Gericht gem. § 156 Abs. 3 FamFG den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu erörtern, wenn eine einvernehmliche Regelung nicht erreicht wird. Nach § 157 Abs. 3 FamFG ist in Verfahren nach §§ 1666, 1666 a BGB

unverzüglich der Erlass einer einstweiligen Anordnung zu prüfen. In Verfahren in **Gewaltschutzsachen** wird bei einer Tat nach § 1 GewSchG ein Regelungsbedürfnis gesetzlich vermutet (§ 214 FamFG). In **Unterhaltssachen** sehen die §§ 246, 247 und 248 FamFG einstweilige Anordnungen in Bezug auf den Unterhalt vor. § 246 FamFG umfasst darüber hinaus einen Kostenvorschuss nach § 1360 a Abs. 4 BGB. § 247 FamFG ermöglicht es einer nicht verheirateten Mutter, einen Unterhalt bereits vor der Geburt des Kindes zeitlich begrenzt zu titulieren. § 248 FamFG ermöglicht die unbeschränkte Geltendmachung des Anspruches eines Kindes und der nicht verheirateten Mutter auf Unterhalt bei Anhängigkeit eines Vaterschaftfeststellungsverfahrens nach § 169 Nr. 1 FamFG.

Für **Versorgungsausgleichsverfahren** gelten uneingeschränkt und ausschließlich die §§ 49 ff. FamFG. § 226 FamFG ist wieder aufgehoben worden. Verzögert ein Ausgleichspflichtiger bei klarer materieller Rechtslage den Eintritt der Wirksamkeit einer Entscheidung in der Hauptsache, insbesondere in Verfahren der schuldrechtlichen Ausgleichsrente gem. den §§ 20-22 VersAusglG, kann eine einstweilige Anordnung ergehen.⁵

Nach **§ 64 Abs. 3 FamFG** kann das **Beschwerdegericht** die Aussetzung der Vollziehung einer angefochtenen Entscheidung anordnen. Die Anordnung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts und bedarf keines Antrages. Die Aussetzung kommt in Betracht bei Entscheidungen, die eines Vollzuges bedürfen, nicht jedoch, wenn die rechtlichen Wirkungen mit dem Wirksamwerden der Entscheidung eintreten. Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Anwendungsbereich des § 24 Abs. 3 FGG. Das Beschwerdegericht kann nicht nur die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung aussetzen, sondern auch vorläufige, darüber hinaus gehende Regelungen treffen, sofern damit nicht die Beschwerdeentscheidung endgültig vorweggenommen wird. Außerdem muss sich die einstweilige Anordnung im Rahmen des angefallenen Beschwerdegegenstandes halten. Das Beschwerdegericht kann auch eine einstweilige Anordnung dahin erlassen, dass eine erstinstanzlich angeordnete sofortige Wirksamkeit nach § 40 Abs. 3 Satz 2 FamFG aufgehoben wird. Eine einstweilige Anordnung nach § 64 Abs. 3 FamFG betrifft – anders als eine nach § 57 FamFG anfechtbare einstweilige Anordnung – stets unanfechtbare, einstweilige, auch von Amts we-

⁵ BT-Drucks. 16/10144 S.92

gen mögliche Regelungen eines Beschwerdegerichts in einem Annexverfahren, mit dem Ziel, wirksamen und mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidungen in der Hauptsache die von diesen eingetretenen Wirkungen der Entscheidung vorläufig zu hemmen.

V. Voraussetzungen einer einstweilige Anordnung

1. Rechtfertigung nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften

Eine einstweilige Anordnung muss nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden materiell-rechtlichen Vorschriften gerechtfertigt sein (**Anordnungsanspruch**). Der Antragsteller hat also eine **materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage** z. B. für den Unterhalt oder den Umgang schlüssig vorzutragen und glaubhaft zu machen. Dieser Anordnungsanspruch entspricht strukturell dem Verfügungsanspruch nach § 935 ZPO, während sich der in § 49 Abs. 1 FamFG verwendete Begriff „Rechtsverhältnis“ an § 49 ZPO orientiert. Das Familiengericht ist in Amts- und Antragsverfahren verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, sofern ein Regelungsbedürfnis besteht.

2. Dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden

Es muss ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden bestehen (**Regelungsbedürfnis = Anordnungsgrund**). Dieses liegt – je nach Einzelfall – vor, wenn bis zur Entscheidung in einer Hauptsache nicht zugewartet werden kann, ohne dass erhebliche Nachteile für einen der Beteiligten zu besorgen sind.⁶ Das Gesetz übernimmt damit die zur vorläufigen Anordnung entwickelte⁷ und auch in den §§ 620 ff. ZPO zugrunde gelegte Formulierung. In **Unterhaltsverfahren nach § 246 FamFG** ist ein dringendes Regelungsbedürfnis nicht erforderlich, da eine Eilbedürftigkeit in Unterhaltssachen immanent ist.⁸ Notwendig ist ein **besonderes Rechtsschutzbedürfnis**. Dieses ist nicht gegeben, sofern mit der einstweiligen Anordnung rückständiger Unterhalt verlangt wird, wenn Unterhalt geltend gemacht wird, ohne vorausge-

⁶ vgl. nur OLG Köln FamRZ 2007, 658 zum früheren Recht

⁷ BGH FamRZ 1978, 886

⁸ Bute FuR 2008, 583, 587

gangene Mahnung oder wenn lediglich ein freiwillig gezahlter Unterhalt tituliert werden soll.

3. Vorläufige Maßnahmen

Wie bei einer einstweiligen Verfügung besteht auch im Verfahren der einstweiligen Anordnung das **Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache**.⁹ § 246 Abs. 1 FamFG modifiziert den § 49 FamFG. Der Gegenstand einer einstweiligen Anordnung auf Unterhalt ist nicht begrenzt auf eine vorläufige Maßnahme; es kann vielmehr der volle Unterhalt ohne zeitliche Begrenzung, allerdings erst ab Antragstellung, verlangt werden.

4. Einzelne Familiensachen

a) Elterliche Sorge und Umgangsrecht

Da durch den Entzug einer **elterlichen Sorge** im Eilverfahren Fakten geschaffen werden, die nur schwer rückgängig zu machen sind, sind im Eilverfahren alle zur Verfügung stehenden Aufklärungs- und Prüfungspflichten voll auszuschöpfen.¹⁰ Die Maßnahmen sind allerdings auf das erforderliche Maß zu begrenzen.¹¹ Insbesondere ist nach Möglichkeit eine Änderung des sozialen Umfeldes zu vermeiden, wenn das Ergebnis der endgültigen Entscheidung vollständig offen ist.¹² Das Gericht hat sich vorrangig am Kindeswohl unter Beachtung der Kontinuitätsgrundsätze zu orientieren, die einstweilige Anordnung ist nicht eine Sanktion für ein Fehlverhalten eines Elternteils.

In **Umgangsrechtsachen** soll das Familiengericht eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn es eine Beratung oder Begutachtung anordnet (§ 156 Abs. 3 Satz 2 FamFG). In Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung unverzüglich zu prüfen (§ 157 Abs. 3 FamFG). Damit ist deutlich gemacht, dass ein Anordnungsgrund i.d.R. gegeben ist, wenn Eltern ein Kindeswohl

⁹ Keidel/Giers § 49 Rn 15; Horndasch/Viefhues § 49 Rn 30; a.A. Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 49 Rn 7

¹⁰ BVerfG FamRZ 2002, 1021

¹¹ BVerfG FamRZ 1994, 223; BGH NJW-RR 1986, 1267

¹² OLG Karlsruhe FamRZ 2008, 633

dienliches Einvernehmen nicht in angemessener Zeit erzielen können.¹³ In Sorgerechtsachen begründet der Streit der Eltern über den Aufenthalt des Kindes regelmäßig ein dringendes Regelungsbedürfnis.¹⁴ Ein Regelungsbedürfnis besteht insbesondere bei Verdacht auf Kindesmisshandlung und sexuellen Missbrauchs, aber auch bei Verwahrlosung.¹⁵

b) Ehewohnung

Eine vorläufige **Zuweisung einer Ehewohnung** kommt nur in Betracht, sofern der Ehegatte die Wohnung selbst nutzen will, der andere dies jedoch verweigert.¹⁶

c) Haushaltsgegenstände

Sofern es sich um unverzichtbare Gegenstände des täglichen Gebrauchs handelt, besteht ein Regelungsbedürfnis auch bei der **Verteilung von Haushaltsgegenständen**. Das gilt auch, wenn ein Gegenstand aus anderen Gründen tatsächlich dringend benötigt wird.¹⁷ Haushaltsgegenstände müssen dabei so genau bezeichnet werden, dass eine Vollstreckung durchgeführt werden kann.¹⁸

VI. In Betracht kommende Maßnahmen nach Abs. 2

Die Vorschrift enthält eine nähere Bezeichnung der für eine einstweilige Anordnung in Betracht kommenden Maßnahmen. Die Anordnung kann einen bestehenden Zustand sichern (**Sicherungsanordnung**), und/oder sie kann eine Rechtslage vorläufig regeln (**Regelungsanordnung**). Grundsätzlich muss eine vorläufige Maßnahme hinreichend bestimmt, geeignet, erforderlich und ausreichend sein, den Zweck der einstweiligen Anordnung zu erfüllen. In Antragsverfahren besteht eine Bindung an den Antrag, in Amtsverfahren ist der Inhalt begrenzt durch das materielle Recht. Eine Sicherungsanordnung dient der Sicherung eines bestehenden Zustandes; dies gilt insbesondere für Besitz- und Eigentumsrechte z. B. an einer Immobilie. Bezüglich

¹³ Meysen/Meysen FamFG, § 49 Rn12

¹⁴ OLG Brandenburg FamRZ 2009, 444; OLG Hamm JAmt 2008, 604

¹⁵ OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1557

¹⁶ OLG Köln FamRZ 1985, 498

¹⁷ OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 561

¹⁸ OLG Brandenburg FamRZ 2003, 532

der Regelungsanordnung darf nur geregelt werden, was auch zulässiger Regelungs-inhalt eines Hauptsacheverfahrens wäre.

Abs. 2 Satz 2 nennt in Anlehnung an § 938 Abs. 2 ZPO einige praktisch bedeutsame Fälle vorläufiger Maßnahmen, wie etwa Gebote und Verbote. Erfasst werden insbesondere Regelungen des Umgangs und Regelungen über die Nutzung von Ehemohnung und Haushaltsachen einschließlich der Verpflichtung, bestimmte Haushaltsgegenstände zur Nutzung herauszugeben. Ohne dass es eines besonderen Antrags bedarf, ist das Gericht generell gehalten, ggfls. auch flankierende Maßnahmen anzuordnen,¹⁹ also Herausgabeeanordnungen sowie eine Räumungsfrist für die Wohnung, aber auch Ge- und Verbote im Zusammenhang mit einer Umgangsregelung. In Anlehnung an § 15 HausratsVO enthält Abs. 2 Satz 3 die Klarstellung, dass im Zuge einer einstweiligen Anordnung auch solche flankierenden Maßnahmen angeordnet werden können, die sich auf die Vollstreckung oder sonstige Realisierung der Anordnung beziehen, diese erleichtern und/oder ermöglichen (BT-Drucks. 16/6308 S. 199).

Als **Annexentscheidung** zu einer Nutzungsregelung kommen in Betracht

- das Verbot des Betretens der Ehemohnung ohne Zustimmung des Berechtigten in Betracht,²⁰
- die Anordnung einer Räumungsfrist,²¹
- eine Anordnung, die Wohnung binnen einer bestimmten Frist zu verlassen, nach deren Ablauf ein verbleibender Ehegatte berechtigt ist, das Schloss für die Wohnungstür auszuwechseln,²²
- ein Bedrohungs-, Misshandlungs- und Belästigungsverbot,²³
- die Anordnung der Herausgabe sämtlicher zur Wohnung gehörender Schlüssel,²⁴
- die Verhängung einer Bannmeile, d. h. das Verbot, sich der Ehemohnung zu nähern und sich in einem bestimmten Umkreis von der Wohnung aufzuhalten,²⁵

¹⁹ Schürmann FamRB 2008, 375, 379

²⁰ OLG Karlsruhe FamRZ 1994, 1185

²¹ OLG Celle FamRZ 1992, 465; OLG Bamberg FamRZ 2001, 691

²² OLG Karlsruhe FamRZ 1194, 1185

²³ OLG Karlsruhe FamRZ 1989, 77

²⁴ KG FamRZ 1991, 467, 468

- Anordnungen wegen verbotener Eigenmacht, die etwa das Wegschaffen von Hausrat aus der Ehwohnung verbieten oder die Rückschaffung eigenmächtig entfernter Gegenstände gebieten,
- die Festsetzung einer Nutzungsvergütung zugunsten des Verbleibenden bis zum Ablauf der Räumungsfrist,²⁶
- die Untersagung einer Kündigung des Mietvertrages gegenüber dem Auszugsverpflichteten und alleinigen Mieter, wenn die Wohnung zwischenzeitlich den Charakter als Ehwohnung verloren hat²⁷
- sowie die Regelung der Mitbenutzung derjenigen Räume, die nicht allein einem Ehegatten zugewiesen sind in Betracht.²⁸

C. Streitpunkte

I. Regelungsbedürfnis/Rechtsschutzbedürfnis bei elterlicher Sorge

Verfahren der einstweiligen Anordnung sind nach neuem Recht selbständig zu führen, eine **Verbindung mit einem Hauptsacheverfahren** ist nicht zulässig.²⁹

Nach Auffassung des **OLG Nürnberg**³⁰ entfällt ein **Rechtsschutzbedürfnis** für einen Hauptsacheantrag auf Übertragung der elterlichen Sorge nach § 1671 BGB **nicht**, wenn bereits eine dem Hauptsacheantrag entsprechende einstweilige Anordnung vorliegt. Denn die einstweilige Anordnung stellt lediglich eine vorläufige Maßnahme dar.³¹ Das **OLG Hamburg**³² **verneint** ein **Regelungsbedürfnis** für eine von einer Kindesmutter beantragte einstweilige Anordnung zum Aufenthaltsbestimmungsrecht und ein Hauptsacheverfahren zum Sorgerecht insgesamt, wenn der Kindesvater den Aufenthalt des Kindes nicht in Frage stellt. Das **OLG Stuttgart**³³ sieht bei Fehlen einer tragfähigen sozialen Beziehung zwischen den Eltern³⁴ – hier: Streit über nahezu alle Themenbereiche – ein **dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden**, weil ein Zuwarten bis zur Endentscheidung das Kindeswohl nachhaltig gefährden

²⁵ OLG Köln FamRZ 2003, 319, 320

²⁶ OLG Frankfurt FamRZ 2008, 83

²⁷ OLG Dresden FamRZ 1997, 183

²⁸ OLG Brandenburg FamRZ 2004, 477

²⁹ OLG Stuttgart FamRZ 2010, 1678

³⁰ FamRZ 2010, 1679

³¹ so auch OLG Hamm FamRZ 2010, 825

³² FamRZ 2010, 1680

³³ FamRZ 2010, 1678

³⁴ vgl. dazu BVerfG FamRZ 2004, 354

würde. Selbst wenn der Kindesvater ebenso zur Betreuung und Erziehung wie die Kindesmutter in der Lage sein sollte, bestehe kein Grund, den Lebensmittelpunkt des Kindes zu ändern. Das **OLG Köln**³⁵ verweist ebenfalls auf den Kontinuitätsgrundsatz, denn nur so könne ein „Gezerre am Kind“, ein Hin und Her vermieden werden, das mit Sicherheit für das Kindeswohl schädlich sei. Mit den Voraussetzungen einer **vorläufigen Entziehung von Teilbereichen der elterlichen Sorge** (u. a. des Aufenthaltsbestimmungsrechts) wegen Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB bei gleichzeitiger Notwendigkeit, die Voraussetzungen für eine Rückkehr des Kindes zu dem betreffenden Elternteil zu schaffen, hat sich das **OLG Brandenburg**³⁶ befasst. Eine Eilbedürftigkeit hat das **OLG Köln** verneint, wenn mehr als 6 Wochen nach Einlegung einer Beschwerde noch keine Beschwerdebegründung eingegangen ist. Das **OLG Nürnberg**³⁷ stellt auch bei der Frage der Dringlichkeit auf das Kindeswohl ab und verneint dieses, wenn die gesamte elterliche Sorge – hier wegen Umzugs ins Ausland – übertragen werden soll.

Probleme bei der Umsetzung des Umgangsrechts rechtfertigen grundsätzlich keinen – auch nur teilweisen – Sorgerechtsentzug im vorläufigen Verfahren.³⁸

II. Zuständigkeitsfragen

Nach § 50 Abs. 1 Satz 2 FamFG ist, sofern eine **Hauptsache anhängig** ist, das Gericht des ersten Rechtszuges und bei Anhängigkeit einer Beschwerde das Beschwerdegericht zuständig. **Einigkeit** besteht, dass der ungenaue Gesetzestext³⁹ dahin zu verstehen ist, dass einstweiliges **Anordnungsverfahren und Hauptsacheverfahren** denselben Verfahrensgegenstand haben, also **deckungsgleich** sein müssen.⁴⁰ Diese Deckungsgleichheit hat das **OLG Stuttgart**⁴¹ verneint in einem Fall, in dem beim Beschwerdegericht als Hauptsacheverfahren die Frage zu entscheiden war, ob die elterliche Sorge für das Kind auf den Vater allein zu übertragen war oder

³⁵ FamRZ 2010, 1680

³⁶ FamRZ 2010, 1743; zur einstweiligen Anordnung bei Auswanderungsabsicht eine Elternteils und Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den anderen Elternteil vgl. OLG Hamm – Beschluss v. 15.11.2010 – 8 WF 240/10 – abrufbar unter www.justiz.nrw.de

³⁷ FamRZ 2011, 131

³⁸ KG FamRZ 2010, 1749

³⁹ so zutr. Keidel/Giers § 50 Rn 4

⁴⁰ Johannsen/Henrich/Büte § 50 Rn 5; Keidel/Giers § 50 Rn 4; Stößer in: Prütting/Helms § 50 Rn 3; MünchKommZPO/Soyka § 50 Rn 1

⁴¹ FamRZ 2010, 1828

ob der Mutter die elterliche Sorge wegen Gefährdung des Kindeswohls entzogen werden muss. Demgegenüber betraf das einstweilige Anordnungsverfahren das Begehren der Mutter auf Herausgabe der sich beim Vater aufhaltenden Kinder sowie das Umgangsrecht.

Die Zuständigkeit ist **problematisch**, wenn das eigentliche Beschwerdeverfahren z. B. auf Zahlung von Trennungsunterhalt gerichtet ist und ein Antrag auf Zahlung eines **Kostenvorschusses im Wege der einstweiligen Anordnung** nach § 246 FamFG geltend gemacht wird. Hier fehlt die Deckungsgleichheit, so dass das Familiengericht für die Entscheidung über die einstweilige Anordnung zuständig ist. Diese Zuständigkeitsregelung lässt sich mit einem wirkungsvollen Rechtsschutz nur schwer in Einklang bringen.⁴² Da eine ablehnende Entscheidung über den Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung gemäß § 57 S. 1 FamFG nicht anfechtbar ist, kommt nunmehr nur noch in Betracht, beim Beschwerdegericht einen Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe zu stellen. Problematisch ist, ob diese Entscheidung noch rechtzeitig möglich ist.

Umstritten ist die Frage, wie zu verfahren ist, wenn sich in einem Verfahren – z. B. auf Kindesunterhalt – nach Einleitung eines Hauptsacheverfahrens der **gewöhnliche Aufenthalt des Kindes ändert** und dann eine einstweilige Anordnung beantragt wird. Das Verfahren der einstweiligen Anordnung ist nach § 50 Abs. 1 Satz 2 FamFG am Gericht der bereits anhängigen Hauptsache einzuleiten. § 232 Abs. 1 Nr. 2 FamFG schreibt hingegen eine ausschließliche Zuständigkeit am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts vor. Teilweise wird deshalb die Auffassung vertreten, dass wegen des in § 232 Abs. 2 FamFG postulierten absoluten Vorranges einer nach § 232 Abs. 1 FamFG begründeten ausschließlichen Zuständigkeit gegenüber anderen Gerichtsständen der Gerichtsstand des § 232 Abs. 1 FamFG Vorrang vor § 50 Abs. 1 Satz 2 FamFG hat.⁴³

Umstritten ist weiter, ob das Beschwerdegericht⁴⁴ oder aber das FamG⁴⁵ zuständig ist, wenn die Hauptsache beim Beschwerdegericht anhängig ist. **Geklärt** ist insoweit

⁴² Többen FuR 2011, 602, 604

⁴³ Musielak/Borth § 50 Rn 5; Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 50 Rn 6; a.A.: Rüntz/Viefhues FamRZ 2010, 1285, 1291

⁴⁴ Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 50 Rn 9; Keidel/Giers § 50 Rn 6

⁴⁵ Johannsen/Henrich/Büte § 50 Rn 6; Musielak/Borth § 50 Rn 5

jedoch, dass ein Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für eine beabsichtigte Beschwerde eine Zuständigkeit des Beschwerdegerichts nicht begründet.⁴⁶

Umstritten ist, wie zu verfahren ist, wenn es zu einem **Auseinanderfallen der Zuständigkeit des Hauptsachegerichts und des Gerichts der einstweiligen Anordnung** kommt. Dies ist z. B. in Unterhaltsverfahren der Fall, wenn eine Hauptsache anhängig wird, die bereits Gegenstand eines anhängigen einstweiligen Anordnungsverfahrens ist. Insoweit kann sich z. B. durch einen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts die Zuständigkeit für das Hauptsacheverfahren ändern. Nach § 232 Abs. 1 Nr. 2 FamFG ist eine ausschließliche Zuständigkeit am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts gegeben.⁴⁷ Teilweise wird, um eine doppelte Befassung der Gerichte mit demselben Gegenstand und insbesondere unterschiedliche Ergebnisse zu vermeiden, angeregt, dass das Verfahren der einstweiligen Anordnung im Hinblick auf die Hauptsache für **erledigt erklärt** werden sollte.⁴⁸ Da gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG § 4 FamFG in Familienstreitsachen keine Anwendung findet, wird auch die Auffassung vertreten, dass es bei den **unterschiedlichen Zuständigkeiten** in Bezug auf einstweilige Anordnung und Hauptsache **verbleibt**.⁴⁹ Auch eine **analoge Anwendung von § 4 FamFG** in Familienstreitsachen wird diskutiert.⁵⁰

III. Fristbestimmungen nach § 52 FamFG

Nach § 52 Abs. 1 Satz 2 FamFG kann das FamG in **Amtsverfahren** eine Frist bestimmen, vor deren Ablauf die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens unzulässig ist.

Umstritten ist, wie mit einem **vor Ablauf der Frist gestellten Antrag** auf Einleitung eines Hauptsacheverfahrens zu verfahren ist. Teilweise⁵¹ wird die Auffassung vertreten, der Antrag sei **als unzulässig zurückzuweisen**. Andere⁵² halten das Gericht für

⁴⁶ Johannsen/Henrich/Büte § 50 Rn 6; Keidel/Giers § 50 Rn 6; Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 50 Rn 10

⁴⁷ Johannsen/Henrich/Büte § 50 Rn 4; Keidel/Giers § 50 Rn 8; Stößer in: Prütting/Helms § 50 Rn 5

⁴⁸ Stößer in: Prütting/Helms § 50 Rn 5

⁴⁹ MünchKommZPO/Soyka § 50 FamFG Rn 5

⁵⁰ Beck OKFamFG /Schlünder § 50 Rn 18

⁵¹ Johannsen/Henrich/Büte § 52 FamFG Rn 5; Keidel/Giers § 52 Rn 7

⁵² Stößer in: Prütting/Helms § 52 Rn 3

verpflichtet, nach **Ablauf der angeordneten Wartefrist das Hauptsacheverfahren** einzuleiten.

Geklärt ist, dass das Gericht in **Antragsverfahren** keine Wartefrist bestimmen kann.⁵³ § 52 Abs. 2 FamFG ordnet jedoch in Anlehnung an den Arrest und die einstweilige Verfügung an, dass der in seinen Rechten beeinträchtigte Beteiligte beim FamG einen Antrag stellen kann, dem Antragsteller aufzugeben, binnen einer vom Gericht zu bestimmenden Frist, die 3 Monate nicht überschreiten darf, einen Antrag zur Hauptsache zu stellen. **Umstritten** ist insoweit, ob dieser Antrag schon **hilfsweise auch vor Erlass** der einstweiligen Anordnung gestellt werden kann und dann zusammen mit der einstweiligen Anordnung zu bescheiden ist.⁵⁴

Umstritten ist, ob ein Beschluss, mit dem das FamG eine **Fristsetzung ablehnt**, mit der **Beschwerde nach § 58 FamFG**⁵⁵ oder aber mit der **sofortigen Beschwerde nach den §§ 567 ff. ZPO**⁵⁶ angefochten werden kann.

Gesetzlich nicht eindeutig geregelt ist die Frage, ob das Gericht in einem Verfahren der einstweiligen Anordnung, das von Amts wegen eingeleitet worden ist, **von Amts wegen auch die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens prüfen** und ohne Antrag eines Beteiligten ein Hauptsacheverfahren einleiten kann. Dies wird weitgehend **bejaht**.⁵⁷ Angesichts der Tragweite, insbesondere in Verfahren, in denen im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 1666 BGB vorgegangen wird oder aber auch in Verfahren, in denen im Wege der einstweiligen Anordnung das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf einen Elternteil übertragen worden ist, kann eine einstweilige Anordnung nicht Rechtsgrundlage für eine dauerhafte Regelung sein. Wegen der nur **summarischen Prüfung** in Verfahren der einstweiligen Anordnung wird das FamG deshalb von der Einleitung eines Hauptsacheverfahrens von Amts wegen nur dann absehen dürfen, wenn ein weiteres Regelungsbedürfnis ersichtlich nicht besteht.

⁵³ OLG Brandenburg FamRZ 2010, 662

⁵⁴ bejahend: Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 52 Rn 10; Johannsen/Henrich/Büte § 52 Rn 6; a.A.: Stößer in: Prütting/Helms § 52 Rn 7; Viefhues in: Horndasch/Viefhues § 52 Rn 7 so Keidel/Giers § 52 Rn 9; Johannsen/Henrich/Büte § 52 Rn 8

⁵⁵ so OLG Karlsruhe FamRZ 2011, 571; Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 52 Rn 12

⁵⁶ Bumiller/Harders § 52 Rn 1; Dose Rn 456; Johannsen/Henrich/Büte § 52 Rn 4; Keidel/Giers § 52 Rn 2

IV. Einstweilige Anordnung auf Unterhalt nach § 246 FamFG

Geklärt ist, dass Unterhalt im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 246 FamFG in voller Höhe und nicht nur in Höhe eines Notbedarfs des Sozialhilfesatzes geltend gemacht werden kann.⁵⁸ Allerdings besteht nach § 56 Abs. 1 S. FamFG die Möglichkeit, eine Regelung nur für einen bestimmten Zeitraum zu treffen.

Geklärt ist auch, dass in Verfahren der einstweiligen Anordnung auf Zahlung von Unterhalt nach § 246 FamFG ein **dringendes Regelungsbedürfnis nicht erforderlich** ist, da diesem Verfahren eine Eilbedürftigkeit immanent ist.⁵⁹ Ein Regelungsbedürfnis fehlt, wenn keine Zahlungsaufforderung ergangen ist, der geforderte Unterhalt laufend gezahlt wird oder es um Unterhalt für die Vergangenheit geht.⁶⁰

V. Abänderung einer einstweiligen Anordnung nach § 54 FamFG

Umstritten ist das Verhältnis von § 54 Abs. 1 FamFG zu § 54 Abs. 2 FamFG. Teilweise⁶¹ wird die Auffassung vertreten, dass eine Abänderungsmöglichkeit nach § 54 Abs. 1 FamFG **nachrangig** gegenüber einem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gem. § 54 Abs. 2 FamFG ist, wenn zuvor keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Andere⁶² verneinen einen Vorrang des Antrages nach § 54 Abs. 2 FamFG vor einem Antrag nach § 54 Abs. 1 FamFG. Danach kann ein Beschwerdebeteiligter einen Antrag auf Aufhebung oder Änderung nach § 54 Abs. 1 FamFG stellen, über den erneut ohne mündliche Verhandlung oder Erörterung entschieden werden kann.⁶³

⁵⁸ OLG Thüringen FamRZ 2011, 491; Johannsen/Henrich/Maier § 246 Rn 12; FA-FamR/Gerhardt VI Rn 843; Klein FuR 2009, 321, 327; Schürmann FuR 2009, 130, 139; Roessink FamRB 2009, 117

⁵⁹ Thomas/Putzo/Hüßtege § 246 Rn 4

⁶⁰ Johannsen/Henrich/Büte § 49 Rn 10; Bömelburg in: Prütting/Helms § 246 Rn 8; Schürmann FamRB 2008, 375, 377

⁶¹ Bömelburg in: Prütting/Helms § 246 Rn 18; Stößer in: Prütting/Helms § 54 Rn 10; Schürmann FamRB 2008, 375, 379; Johannsen/Henrich/Büte § 54 Rn 9; Götsche/Viefhues ZFE 2009, 124, 130; Wendl/Dose/Schmitz § 10 Rn 231

⁶² Musielak/Borth § 54 Rn 11; MünchKommZPO/Soyka § 54 Rn 6; Keidel/Giers § 54 Rn 14; Thomas/Putzo/Reichold § 54 Rn 6

⁶³ so auch OLG Karlsruhe FamRZ 2011, 571; für ein Wahlrecht: Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 54 Rn 16

Einigkeit besteht jedoch, dass ein Antrag nach § 54 Abs. 2 FamFG selbst dann noch gestellt werden kann, wenn die einstweilige Anordnung bereits mehrere Jahre zurückliegt, aber noch wirkt, d. h. nicht nach § 56 FamFG außer Kraft getreten ist.⁶⁴

Das FamG entscheidet über den Antrag nach § 54 Abs. 1 und 2 FamFG durch Beschluss, der gem. § 38 Abs. 3 FamFG zu begründen ist. **Geklärt** ist wohl die Frage der Anfechtbarkeit einer Abänderungsentscheidung nach § 54 Abs. 1 und 2 FamFG. Dieser **Beschluss ist in den Grenzen des § 57 Satz 2 FamFG anfechtbar**.⁶⁵ Abzulehnen ist die Auffassung,⁶⁶ wonach die Beschwerde auch zulässig ist, wenn das Gericht eine mündliche Verhandlung ablehnt.

VI. Negativer Feststellungsantrag neben § 52 FamFG und § 54 FamFG ?

Umstritten ist, ob ein durch einstweilige Anordnung zur Zahlung Verpflichteter einen negativen Feststellungsantrag im Hauptsacheverfahren geltend machen kann oder ob hierfür im Hinblick auf die Rechtsbehelfe nach § 52 Abs. 1 Satz 1 FamFG und § 54 Abs. 2 FamFG und wegen der Möglichkeit, ein Hauptsacheverfahren nach § 52 Abs. 2 FamFG einzuleiten, das **Rechtsschutzbedürfnis** fehlt.⁶⁷ Zutreffender dürfte es sein, das nach § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i.V.m. § 256 Abs. 1 ZPO notwendige **Feststellungsinteresse** zu bejahen.⁶⁸ Nach früherem Recht bestand dieses Feststellungsinteresse schon deshalb, weil nur so ein Schuldner den Bestand des Unterhaltsanspruchs in einem ordentlichen Rechtsstreit klären lassen konnte.⁶⁹ Durch die Angleichung des Rechts der einstweiligen Anordnung an das Arrestverfahren wird man dieselben Erwägungen wie für das Verhältnis von § 926 ZPO zur negativen Feststellungsklage heranziehen können. Die Vorschrift enthält keine erschöpfende Regelung der Rechte des von einer einstweiligen Verfügung Betroffenen, sondern

⁶⁴ OLG Köln FamRZ 2006, 1402 zu § 620 b Abs. 2 ZPO; Viefhues in: Horndasch/Viefhues § 54 Rn 12

⁶⁵ Musielak/Borth § 54 Rn 8; Keidel/Giers § 54 Rn 10; Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 54 Rn 21

⁶⁶ Bork/Jacoby/Schwab/Löhnig/Heiss § 54 Rn 7

⁶⁷ so Rossmann ZFE 2008, 245, 248; Götsche/Viefhues ZEF 2009, 130; Götz NJW 2010, 897, 901; FA-FamR/Gerhardt VI Rn 918; Thomas/Putzo/Hüßtege § 246 FamFG Rn 9; Münch-KommZPO/Soyka § 56 Rn 2

⁶⁸ so auch Schmitz in: Wendl/Dose § 10 Rn 316

⁶⁹ BGH FamRZ 1983, 355

ermöglicht ihm auch wahlweise die Klärung im Wege des negativen Feststellungsantrages. Deshalb ist nach wie vor ein negativer Feststellungsantrag zulässig.⁷⁰

VII. Rechtsmittel nach § 57 FamFG

1. Grundsatz der Unanfechtbarkeit

Auch unter Geltung des FamFG verbleibt es bei dem **Grundsatz**, dass Entscheidungen im Wege der einstweiligen Anordnung in Familiensachen nach § 111 FamFG **grundsätzlich unanfechtbar** sind (§ 57 Satz 1 FamFG). Dadurch sollen Verzögerungen vermieden werden, zumal die Beteiligten die Möglichkeit haben, unmittelbar oder über § 52 FamFG ein Hauptsacheverfahren einzuleiten und auf diese Weise die dort getroffene Entscheidung durch das Beschwerdegericht überprüfen zu lassen. Weiter steht den Beteiligten vorrangig der Weg der Abänderung nach § 54 Abs. 2 FamFG offen. Etwaige Verletzungen des Grundrechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG) können mit der Gehörsrüge nach § 44 FamFG bzw. §§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, 321 a ZPO geltend gemacht werden. Rechtsmittel sind gegen die einstweilige Anordnung nur gegeben, wenn das Gericht aufgrund mündlicher Verhandlung über die elterliche Sorge, die Kindesherausgabe, eine Verbleibensanordnung, einen Antrag nach §§ 1, 2 GewSchG oder die Zuweisung der Ehewohnung entschieden hat (§ 57 Satz 2 Nr. 1-5 FamFG). **Geklärt** ist, dass dies auch bei einer Zurückweisung des Antrages gilt.⁷¹

Geklärt ist, dass folgende – auch aufgrund mündlicher Verhandlung ergangene – einstweilige Anordnungen **nicht** mit der Beschwerde nach § 57 FamFG angegriffen werden können:

- Unterhalt⁷²
- Umgangsrecht⁷³

⁷⁰ so weiterhin: Dose Rn 508; Hoppenz/Runge § 256 Rn 8 Bömelburg in: Prütting/Helms § 56 Rn 33; Johannsen/Henrich/Büte § 54 Rn 12; Keidel/Giers § 54 Rn 9

⁷¹ OLG Stuttgart FGPrax 2010, 59; OLG Zweibrücken FamRZ 2011, 497; Keidel/Giers § 57 Rn 5; Johannsen/Henrich/Büte § 57 Rn 5; Thomas/Putzo/Reichold § 57 Rn 5

⁷² OLG Frankfurt ZFE 2011, 71

⁷³ OLG München FamRZ 2011, 496; OLG Köln FamRZ 2011, 474; OLG Celle FamRZ 2011, 574; KG FamRZ 2011, 576

Umstritten ist die Frage der Anfechtbarkeit einer nach mündlicher Verhandlung ergangenen **Anordnung einer Umgangspflegschaft** nach § 1684 Abs. 3 Satz 3 FamFG. Das OLG Celle⁷⁴ verneint eine Anfechtbarkeit, da diese der Durchsetzung des Umgangsrechts diene und keinen Eingriff in die elterliche Sorge des betreuenden Elternteils darstelle.⁷⁵

Der Ausschluss eines Rechtsmittels erfasst auch die Beschwerde gegen eine im Anordnungsbeschluss getroffene **Kostenentscheidung**, da diese nur Teil der unanfechtbaren Endentscheidung ist.⁷⁶ Gleiches gilt für **Entscheidungen zur Verfahrenskostenhilfe und den Verfahrenskostenvorschuss**.⁷⁷ Mit dem geltenden Grundsatz, dass die **Anfechtbarkeit einer Nebenentscheidung** (Kosten oder Verfahrenskostenhilfe) nicht weitergehen kann als die Anfechtbarkeit der Hauptsacheentscheidung soll vermieden werden, dass Instanz- und Rechtsmittelgerichte in abgeschlossenen Hauptsacheverfahren und Nebenverfahren möglicherweise zu widersprechenden Entscheidungen gelangen.⁷⁸ Daran hat der BGH⁷⁹ festgehalten, soweit **Verfahrenskostenhilfe wegen fehlender Erfolgsaussicht** versagt worden ist. Ist jedoch die **Verfahrenskostenhilfe wegen Mutwilligkeit versagt** worden oder wurde die **Beordnung eines Rechtsanwalts vom Gericht abgelehnt**, ist dagegen die **sofortige Beschwerde** auch dann statthaft, wenn die Entscheidung im zugehörigen Hauptsacheverfahren (z. B. in einer einstweiligen Anordnung über den Kindesunterhalt), nicht anfechtbar ist.⁸⁰

2. Beschwerdefrist bei abgelehnten Anträgen

Nicht geklärt ist, ob die Beschwerde gegen die **Ablehnung einer einstweiligen Anordnung** innerhalb der Monatsfrist des § 63 Abs. 1 FamFG einzulegen ist⁸¹ oder innerhalb der 2 - wöchigen Frist des § 63 Abs. 2 FamFG einzulegen ist.⁸²

⁷⁴ OLG Celle FamRZ 2011, 574

⁷⁵ **a.A. zu Recht:** Keidel/Giers § 57 Rn 6; Musielak/Borth § 57 Rn 3; Dose Rn 415; Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 57 Rn 10

⁷⁶ KG FamRZ 2011, 576; Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 57 Rn 15; Zöller/Feskorn § 57 Rn 3

⁷⁷ OLG Hamm FamRZ 2011, 234; KG FamRZ 2011, 577; OLG Düsseldorf FamRZ 2011, 496: Verfahrenskostenvorschuss; Johannsen/Henrich/Büte § 57 Rn 2

⁷⁸ so BGH FamRZ 2005, 790 zum früheren Recht

⁷⁹ FamRZ 2011, 1138

⁸⁰ BGH FamRZ 2011, 1138, 1139; Götsche in: Horndasch/Viefhues § 76 Rn 209; Schlünder FamRZ 2011, 1288, 1289

⁸¹ so Keidel/Sternal § 63 Rn 14; Haußleiter/Haußleiter § 63 Rn 2; Reinken in: Horndasch/Viefhues § 63 Rn 59; Johannsen/Henrich/Althammer § 63 Rn 3; Zöller/Feskorn § 63 Rn 3

3. **Beschwerdefrist bei Beschlüssen nach § 56 Abs. 3 FamFG**

Nicht geklärt ist weiter die Frage, welche **Frist für die Anfechtung eines Beschlusses** gilt, der gem. § 56 FamFG das **Außerkräfttreten einer einstweiligen Anordnung feststellt**. Teilweise⁸³ wird die Auffassung vertreten, es gelte die allgemeine Beschwerdefrist des § 63 Abs. 1 FamFG. Andere⁸⁴ gehen im Hinblick auf den Charakter eines einstweiligen Anordnungsverfahrens als Eilverfahren auch im Fall des § 56 Abs. 3 FamFG von der Anwendbarkeit des § 63 Abs. 2 Nr. 1 FamFG und damit der 2-Wochenfrist aus.

4. **Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen nach § 1631b BGB**

Äußerst umstritten ist die Frage der Anfechtbarkeit einer einstweiligen Anordnung bei der **Unterbringung eines Minderjährigen nach § 1631 b BGB**. Da § 1631 b BGB im Katalog des § 57 Satz 2 FamFG nicht aufgeführt ist, wird teilweise die Auffassung vertreten, eine Beschwerde sei nicht statthaft.⁸⁵ Da jedoch § 167 Abs. 1 Satz 1 FamFG in Verfahren nach § 151 Nr. 6 FamFG – also in Verfahren nach § 1631 b BGB – ausdrücklich die für Unterbringungssachen nach § 312 Nr. 1 FamFG geltenden Vorschriften insgesamt für anwendbar erklärt, wird u. a. auch aus Rechtsschutzgründen und zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung zu einer einstweiligen Unterbringung eines Erwachsenen eine Anfechtbarkeit bejaht, wenn die einstweilige Anordnung aufgrund mündlicher Verhandlung ergangen ist.⁸⁶

5. **Rechtsmittel gegen abgelehnte Arrestanträge**

Nicht abschließend geklärt sein dürfte, ob gegen die **Ablehnung eines Antrages auf Anordnung eines dinglichen Arrestes** nach § 119 Abs. 2 Satz 1 FamFG die Beschwerde nach § 58 FamFG statthaft ist, die innerhalb der Monatsfrist des § 63

⁸² so zu Recht OLG Zweibrücken FamRZ 2011, 497; Stößer in: Prütting/Helms § 57 Rn 12

⁸³ Haußleiter/Haußleiter § 56 Rn 6; Reinken in Horndasch/Viefhues § 56 Rn 18; Johannsen/Henrich/Büte § 56 Rn 15; Stößer in: Prütting/Helms § 56 Rn 11; Zöller/Feskorn § 56 Rn 7; Schürmann FamRB 2009, 375, 382; Keidel/Sternal § 63 Rn 14 a; Beck OKFamFG/Schlünder § 56 Rn 6; Dose Rn 488

⁸⁴ OLG Zweibrücken FamRZ 2011, 987; MünchKommZPO/Soyka § 56 Rn 10; Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 56 Rn 25; Musielak/Borth § 56 Rn. 14

⁸⁵ OLG Koblenz FamRZ 2010, 908

⁸⁶ OLG Frankfurt FamRZ 2010, 907; OLG Dresden FamRZ 2010, 1845; OLG Celle – 19. ZS – NJW 2010, 1678; OLG Celle – 10. ZS – FamRZ 2010, 1844; OLG Hamm FamRZ 2010, 1192 Thomas/Putzo/Hüßtege § 167 Rn 2; Stößer in: Prütting/Helms § 167 Rn 20: Anfechtung nach § 57 FamFG; Keidel/Giers § 57 Rn 6

Abs. 1 FamFG eingelegt werden muss,⁸⁷ da § 119 Abs. 2 FamFG lediglich auf die §§ 916-934 ZPO verweist, nicht jedoch auch auf die zivilprozessualen Beschwerdevorschriften.⁸⁸

6. Abhilfe bei einstweiligen Anordnungen

Streitig ist, ob in Verfahren der einstweiligen Anordnung entgegen dem Wortlaut des § 68 Abs. 1 Satz 2 FamFG – keine Abhilfe in Familiensachen – bei Einlegung einer Beschwerde nach § 57 Satz 2 FamFG zunächst das **Abhilfeverfahren** durchzuführen ist. Nach Auffassung des OLG Hamm⁸⁹ handelt es sich bei einer Entscheidung über eine einstweilige Anordnung nicht um eine Endentscheidung i.S. des § 68 Abs. 1 Satz 2 FamFG. Das OLG folgert dies aus der Entstehungsgeschichte der Norm, die den früheren § 621 e ZPO ersetzen sollte sowie aus Sinn und Zweck der Norm und dem besonderen Eilbedürfnis.⁹⁰

7. Unanfechtbarkeit einer einstweiligen Anordnung trotz mündlicher Verhandlung

Nicht abschließend geklärt ist die Frage der Anfechtbarkeit einer einstweiligen Anordnung, wenn nach mündlicher Erörterung/Verhandlung weitere Ermittlungen erfolgen, z. B. die Einholung eines ergänzenden Jugendamtsberichtes, die Stellungnahme der Schule pp. und dann das Familiengericht ohne erneute mündliche Verhandlung entscheidet, sog. **gemischt mündlich-schriftliches Verfahren**.⁹¹

8. Anfechtbarkeit von einstweiligen Anordnungen nach § 57 S. 2 Nr. 5 FamFG

Umstritten ist der Umfang der Anfechtbarkeit von Entscheidungen in Wohnungszuweisungssachen i. S. v. § 200 Abs. 1 FamFG, also Verfahren nach §§ 1361 b, 1568a

⁸⁷ so aber zutreffend OLG Karlsruhe FamRZ 2011, 234; OLG München FamRZ 2011, 746

⁸⁸ a.A. Helms in: Prütting/Helms § 119 Rn 9

⁸⁹ FamRZ 2011, 234; so auch HK-FamFG/Klußmann § 68 Rn 7; Keidel/Sternal § 68 Rn 24; Friederici/Kemper/Stockmann § 57 Rn 17

⁹⁰ a.A.: Johannsen/Henrich/Büte § 57 Rn 12; Dose Rn 437

⁹¹ **bejahend:** Keidel/Giers § 57 Rn 5; Stößer in: Prütting/Helms § 57 Rn 9; Musielak/Borth § Rn 9; **verneinend:** Johannsen/Henrich/Büte § 57 Rn 4; Schulte-Bu nert/Weinreich/Schwonberg § 57 Rn 71

BGB. Teilweise wird die Auffassung vertreten,⁹² dass eine Anfechtbarkeit nur bei einer **Wohnungszuweisung insgesamt** gegeben sei. Andere⁹³ halten auch eine Entscheidung für anfechtbar, in der nur **einzelne Räume zugewiesen** worden sind.

Geklärt ist, dass die Anordnung einer Nutzungsentschädigung sowie die Einräumung von Mitbesitz nicht anfechtbar sind.⁹⁴

9. Aufhebung einer einstweiligen Anordnung nach Vollziehung im Beschwerdeverfahren?

Einer in der Rechtsprechung häufig vertretenen Auffassung, eine vollzogene amtsgerichtliche Entscheidung zur elterlichen Sorge, die nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten und Einschaltung der Jugendämter im Beschwerdeverfahren nur abzuändern, wenn die Beschwerde konkrete Umstände aufzeige, aus denen sich für den verbleibenden Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung eine Kindeswohlgefährdung oder die Gefahr sonstiger schwerwiegender Unzulänglichkeiten für dessen Versorgung ableiten ließen, hat das **BVerfG**⁹⁵ eine deutliche Absage erteilt. Einzelfallbezogen und nicht als Sanktion auf ein eigenmächtiges Verhalten eines Elternteils sei zu prüfen, ob unter besonderer Berücksichtigung des Kontinuitätsgrundsatzes das Kindeswohl eine Abänderung gebiete.

VIII. Verschärfte Haftung

Höchst streitig ist die Frage, ob im Falle eines **negativen Feststellungsantrages** oder eines **Abänderungsantrages nach § 54 FamFG** die Vorschrift des **§ 241 FamFG** zumindest **analog** angewendet werden kann. Diese Vorschrift schließt bei Rechtshängigkeit eines auf Herabsetzung eines Unterhaltstitels gerichteten Abänderungsantrages den Entreicherungseinwand aus, d.h. der Unterhaltsgläubiger haftet verschärft nach § 818 Abs. 4 BGB. Eine analoge Anwendung des § 241 FamFG wird nach Stellung eines Antrages nach § 54 FamFG **bejaht**, weil nach dieser Vorschrift eine verschärfte Haftung sogar für den Fall einer vorangegangenen materiell - rechts-

⁹² OLG Nürnberg FamRZ 2010, 1463; Keidel/Giers § 57 Rn 10; Musielak/Borth § 57 Rn 7; Dose Rn 421; Zöller/Feskorn § 57 Rn 10; Haußleiter/Haußleiter § 57 Rn 9; Thomas/Putzo/Reichold § 57 Rn 9

⁹³ Johannsen/Henrich/Büte § 57 Rn 10; Meysen/Meysen § 57 Rn 7; Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg § 57 Rn 15; Viefhues in: Horndasch/Viefhues § 57 Rn 7; Bahrenfuss/Socha § 57 Rn 9

⁹⁴ Johannsen/Henrich/Büte § 57 Rn 10; Stößer in: Prütting/Helms § 57 Rn 7; Musielak/Borth § 57 Rn 4

⁹⁵ FamRZ 2009, 189; so auch Johannsen/Henrich/Büte § 57 Rn 6

kräftigen Entscheidung vor verlagert wird und eine einstweilige Anordnung nicht einmal in Rechtskraft erwächst.⁹⁶

IX. Verfahrenskostenhilfe bei einem gleichzeitig mit einem Hauptantrag gestellten einstweiligen Anordnungsantrag

Nach § 51 Abs. 3 FamFG ist ein Verfahren der einstweiligen Anordnung auch dann ein selbständiges Verfahren, wenn ein Hauptsache anhängig ist. **Kontrovers diskutiert** wird in diesen Fällen die Frage der Bewilligung von VKH. Das **OLG Zweibrücken**⁹⁷ hat Verfahrenskostenhilfe in einem **Gewaltschutzverfahren** für das Hauptsacheverfahren wegen **Mutwilligkeit** versagt, weil das erstrebte Rechtsschutzziel bereits im Wege der einstweiligen Anordnung erreicht worden sei.⁹⁸ Demgegenüber haben das **OLG Hamm**,⁹⁹ das **OLG Frankfurt**¹⁰⁰ und das **OLG Stuttgart**¹⁰¹ zutreffend eine Mutwilligkeit verneint, da es sich bei der einstweiligen Anordnung nur um eine vorläufige Regelung handele, die in Gewaltschutzverfahren regelmäßig zu befristen sei.¹⁰² Das **OLG Hamm**¹⁰³ verneint eine Mutwilligkeit, wenn ein durch einstweilige Anordnung titulierter **Unterhalt** im Rahmen eines höheren Hauptsacheantrages nochmals eingefordert wird. Hingegen geht das **OLG Köln**¹⁰⁴ von Mutwilligkeit aus, wenn ein einstweiliges Anordnungsverfahren und ein Hauptsacheverfahren zum **Sorgerecht** parallel durchgeführt werden.

⁹⁶ Schulte-Bunert/Weinreich/Klein § 241 Rn 4; Roßmann in: Horndasch/Viefhues § 241 Rn 7; Bömelburg in: Prütting/Helms § 241 Rn 12; Johannsen/Henrich/Büte § 54 Rn 15; Keidel/Meyer-Holz § 241 Rn 4; Zöller/Lorenz § 241 Rn 4; Götsche/Viefhues ZFE 2009, 134; Götz NJW 2010, 897, 900; a.A. Dose Rn 529; Thomas/Putzo/Hüßtege § 241 Rn 1; FA-FamR/Gerhardt VI Rn 811; vgl. auch noch Schlünder FamRZ 2010, 1828

⁹⁷ NJW 2010, 540; so auch Götsche in: Horndasch/Viefhues § 76 Rn 79

⁹⁸ so auch OLG Celle FamFR 2010, 305

⁹⁹ FamRZ 2010, 825

¹⁰⁰ FamRZ 2011, 661

¹⁰¹ FamRZ 2010, 1266

¹⁰² so weiter OLG Jena BeckRS 2010, 14326; Keidel/Zimmermann § 76 Rn 17a; Abramenko FGPrax 2010, 217

¹⁰³ FamRZ 2011, 1157

¹⁰⁴ FamRZ 2011, 1157

X. Gewaltschutz

1. Vollstreckung

Soweit es sich um **einstweilige Anordnungen** in einer Gewaltschutzsache handelt, bestimmt § 96 Abs. 2 FamFG die Anwendbarkeit des § 885 Abs. 1 ZPO. Allerdings muss der Titel eindeutig auf Herausgabe, Überlassung oder Räumung gerichtet sein, eine bloße Zuweisung der Wohnung an den Ehepartner genügt nicht.¹⁰⁵ Grundsätzlich möglich ist auch eine mehrfache Vollziehung einer einstweiligen Anordnung während ihrer Geltungsdauer gem. § 96 Abs. 2 Satz 1 FamFG i.V.m. § 885 Abs. 1 Satz 3 ZPO, wenn der andere Ehegatte oder Beteiligte in die Wohnung eindringt oder wieder aufgenommen wurde, ohne dass es einer erneuten Zustellung bedarf.

2. Mitteilung von Entscheidungen

Nach § 216 a FamFG sind gerichtliche Schutzmaßnahmen nach § 1 GewSchG und Wohnungszuweisungen nach § 2 GewSchG, und zwar sowohl Entscheidungen in selbständigen Anordnungsverfahren nach § 214 FamFG als auch in Hauptsacheverfahren – den Polizeibehörden oder anderen öffentlichen Stellen (Schulen, öffentlichen Kindergärten oder öffentlichen Jugendhilfeeinrichtungen unter öffentlich rechtlicher Trägerschaft) unverzüglich mitzuteilen.¹⁰⁶ In der Regel ist es dabei ausreichend, die Entscheidung in abgekürzter Form mitzuteilen.¹⁰⁷

Sofern ein **schutzwürdiges Interesse** eines Beteiligten entgegensteht, kann die Mitteilung unterbleiben. Das dürfte eher selten der Fall sein. Nach § 216 a Satz 2 FamFG sollen die Beteiligten des Verfahrens über die Mitteilung unterrichtet werden. Davon kann abgesehen werden, wenn dem Antragsgegner der Aufenthaltsort des Antragstellers oder des betroffenen Kindes nicht bekannt gemacht werden soll.¹⁰⁸

Nach § 53 Abs. 2 FamFG kann das Gericht in Gewaltschutzsachen anordnen, dass die Vollstreckung der einstweiligen Anordnung vor Zustellung an den Antragsgegner zulässig ist. § 214 Abs. 2, 2. HS FamFG betrifft ein an den Gerichtsvollzieher gericht-

¹⁰⁵ OLG Stuttgart FamRZ 2002, 589; a.A. OLG Saarbrücken FuR 2005, 574

¹⁰⁶ Kemper in: Viefhues/Horndasch § 216 a Rn 3

¹⁰⁷ Keidel/Giers § 216 a Rn 2: Tenor der Entscheidung; Kemper in: Viefhues/Horndasch § 216 a Rn 6; teilweise a.A. Bahrenfuss/Schwedhelm § 216 a Rn 6: vollständige Übermittlung des Beschlusses an die Polizei

¹⁰⁸ BT-Drucks. 16/9733 S. 296; Neumann in: Prütting/Helms § 216 a Rn 6

tetes Verlangen, dass eine Zustellung nicht vor der Vollstreckung erfolgen soll. Nach § 55 Abs. 1 FamFG kann das FamG die Aussetzung der Vollstreckung anordnen.

D. Fazit insgesamt zum FamFG

Die Vielzahl der Streitfragen, die vorstehend nicht annähernd vollzählig dargestellt sind, zeigt, dass der Versuch, auf die notwendige Reform des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Reform des Familienverfahrensrechts quasi draufzusatteln, als **gescheitert** anzusehen ist. Die Komplexität der Verweisungen steht in eklatantem Widerspruch zum Bestreben des Gesetzgebers, einen anwenderfreundlichen Gesetzesaufbau zu schaffen und Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit zu schaffen. Die teilweise ungenauen Formulierungen fordern geradezu zu einer unterschiedlichen Auslegung des Gesetzes heraus. Das **Haftungsrisiko für Rechtsanwälte** ist deutlich gestiegen, nicht zuletzt durch die häufig fehlerhaften und von den Gerichten zu verantwortenden Rechtsbehelfsbelehrungen.¹⁰⁹ Die zahlreichen Änderungen schon vor Inkrafttreten der Reform sowie die jetzt geplanten kosmetischen Änderungen haben zwar einige der größten Mängel beseitigt, sie haben aber nicht annähernd ausgereicht, um dem Anspruch des Gesetzgebers gerecht zu werden. Die jetzt abgeschlossene Evaluation lässt befürchten, dass auch nach umfangreichen und dringend notwendigen Änderungen das Reformziel nicht erreicht wird, denn die Komplexität der Verweisungen wird bestehen bleiben. Im Übrigen steht zu befürchten, dass die dringend notwendigen Änderungen, die seitens des BMJ bereits in der ersten Besprechung nach Inkrafttreten der Reform am 20.10.2009 erkannt worden sind – teilweise wurde eine umgehende gesetzgeberische Initiative angekündigt, z.B. Anfechtbarkeit von einstweiligen Anordnungen nach § 1631 b BGB -, in dieser Legislaturperiode nicht umgesetzt werden. **Positive Aspekte**, insbesondere im Kindschaftsrecht (§§ 156 Abs. 3, 157 Abs. 2 FamFG), treten demgegenüber in den Hintergrund.

Folgende Änderungen sind m. E. dringend geboten:

- Änderung des § 39 FamFG: Rechtsmittelbelehrung nur für anwaltlich nicht vertretene Beteiligte oder komplette Abschaffung des § 39 FamFG oder Vereinfachung des Rechtsmittelsystems

¹⁰⁹

“die Rechtsmittelbelehrung, so wahr wie eine griechische Bilanz“, Stoßseufzer eines Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht, zitiert nach Götz FPR 2011, 1, 3

- Regelung der Frist bei Anfechtung eines Beschlusses nach § 56 Abs. 3 s. 2 FamFG
- Regelung der Rechtsmittelfrist bei Ablehnung einer einstweiligen Anordnung
- Regelung der Anfechtbarkeit von einstweiligen Anordnungen nach § 1631 b BGB
- Klarstellung des Problems des „vergessenen Beteiligten“ in § 63 Abs. 3 FamFG
- Änderung des § 64 FamFG: Einlegung der Beschwerde in Familiensachen beim OLG
- Zumindest Klarstellung, wo VKH - Gesuche für eine beabsichtigte Beschwerde einzulegen sind
- Klarstellung, dass § 68 Abs. 1 S. 2 FamFG auch für einstweilige Anordnungen gilt

Aber auch derartige Änderungen werden nicht geeignet sein für die Feststellung: Das FamFG ist für die familienrechtliche Praxis geeignet. Vielmehr wird auch in Zukunft Raum für den Einfallsreichtum von Richtern und Autoren bleiben, um aufgedeckte Lücken zu füllen.¹¹⁰

¹¹⁰ so zutreffend Weinreich FuR 2011, 301, 306