

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 Standesamtswesen, 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	 45
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	 73
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 *Giebler/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.

⁹Giebler/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 nachehelichem Unterhalt aus der einstweiligen Anordnung auf Trennungsunterhalt 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 Prozesskostenhilfegesuch abhängig (§§ 621g, 644, 641d I, II ZPO a.F.). Im Rahmen des Eheverfahrens reichte die Anhängigkeit der Ehesache bzw. eines entsprechenden Prozesskostenhilfegesuchs aus (§ 620a II 1 ZPO).¹⁶ Ermöglichten weder § 621g ZPO a.F. noch die Vorschriften des FGG 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 Zöller, 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 Wiczorek/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 Inangasetzung 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 Zulässigkeitserfordernis 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-Familienachen 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 Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes in Widerspruch stand.⁴¹ Um der Eilbedürftigkeit des Verfahrens gerecht zu werden wurde daher in Antragsachen 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

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

⁴⁹Schubert, FPR 1997, 185, 188; Philippi in Zöller, 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 verfahrensselbständig 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 Ehewohnung 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.

⁷²Gießler, FPR 2006, 421, 424.

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