

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Susanne Weber

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

Band 7



Wolfgang Metzner Verlag

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.

Printed in Germany

ISBN 978-3-9806207-7-2

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

Inhalt

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

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

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

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

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

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

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

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

8. TEIL

Abschließende Bemerkungen

Die Untersuchung des selbständigen einstweiligen Anordnungsverfahrens in Familiensachen gem. §§ 49ff. FamFG hat ergeben, dass die Verfahrensselbständigkeit in den Vorschriften zum einstweiligen Rechtsschutz insgesamt konsequent umgesetzt worden ist und dadurch das Verfahren vereinfacht und beschleunigt durchgeführt werden kann. Früher, infolge der erforderlichen Anhängigkeit der Hauptsache oder einer Ehesache, entstandene Kosten und Arbeitsaufwand können eingespart werden.¹⁹⁹⁴ Die Abkoppelung macht zwar auch zusätzlichen Arbeitsaufwand erforderlich, wie die selbständige Zuständigkeitsbestimmung gem. § 50 I 1 FamFG; dieser Mehraufwand ist aber als unerheblich gegenüber den Zweckmäßigkeitserwägungen eines selbständigen Eilrechtsschutzverfahrens hinzunehmen.¹⁹⁹⁵ Unter Berücksichtigung der Verfahrenstrennung wird in § 50 I FamFG ein Zuständigkeitsgleichlauf mit der Hauptsache beziehungsweise dem potentiellen Hauptsacheverfahren verfolgt, der aus Gründen der Verfahrenswirtschaftlichkeit zu befürworten ist. Kann der Gleichlauf nicht verwirklicht werden, weil zwischen den Verfahren der Wohnsitz gewechselt wurde, sollte versucht werden, diesen durch Abgabe (§ 4 FamFG) des Anordnungsverfahrens wiederherzustellen, solange das Eilverfahren dadurch nicht über den Konzentrationszweck hinaus beeinträchtigt wird, weil dies in Widerspruch zur Verfahrenstrennung stünde.¹⁹⁹⁶ Fälle des Auseinanderfallens werden in § 50 FamFG, außer in Abs. 2, nicht bedacht. Die Rechtsprechungspraxis bei Auseinanderfallen der Zuständigkeiten bleibt zu beobachten.

Die Abkoppelung von dem deckungsgleichen Hauptsacheverfahren und die Ausgestaltung des Eilrechtsschutzverfahrens in den allgemeinen und besonderen

¹⁹⁹⁴Bergschneider, Stellungnahme, S. 3; Nake, Stellungnahme, S. 2.

¹⁹⁹⁵S.o. 3. Teil: E.I.2. und E.III..

¹⁹⁹⁶S.o. 3. Teil: E.II.4.b).

Vorschriften des FamFG ist zur Bedeutungssteigerung des einstweiligen Rechtsschutzes im Verhältnis zur Hauptsache geeignet, weil es dadurch flexibler ist und auch im Hinblick auf die verringerte Kostenlast für den Rechtsschutzsuchenden attraktiver ist. Die Erlassvoraussetzungen für die einstweilige Anordnung werden in § 49 I FamFG sowie in einigen Vorschriften des besonderen Teils (§§ 214 I, 246 I, 156 III 2 FamFG) konkretisiert, was zu Vereinfachung und Übersichtlichkeit des Verfahrens beiträgt. Gleiches gilt für den Inhalt der Maßnahmen in §§ 49 II, 246 I FamFG. Die Orientierung an den materiellen Vorschriften wird ebenfalls verdeutlicht, was zur Bedeutungssteigerung des Anordnungsverfahrens im Verhältnis zur Hauptsache gleichermaßen wichtig ist wie die Vorwegnahme der Hauptsache, soweit es zur effektiven Rechtsschutzgewährung erforderlich ist.¹⁹⁹⁷

Nicht zur Förderung des Streitbeendigenden Anordnungsverfahrens ist die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung des Eilrechtsschutzmittels geeignet. Die Begrifflichkeit der „einstweiligen“ Anordnung entspricht nicht seinem modernen Verständnis des Eilrechtsschutzverfahrens zur endgültigen Streitbeilegung anstelle des zeitaufwendigen Hauptsacheverfahrens und kann daher zu Fehlinterpretationen hinsichtlich der gewünschten künftigen Rolle einer Anordnungsentscheidung im familienverfahrensrechtlichen Rechtsschutz führen. In Abgrenzung zur einstweiligen Anordnung gem. §§ 620ff. ZPO a.F. und in Anknüpfung an die Rechtsprechungsentwicklung zur einstweiligen Verfügung, wäre der Begriff der Vorläufigkeit, der die zeitliche Geltungsdauer als Komponente völlig außer Acht lässt, dienlich gewesen.

Auf Grund der Besonderheiten der Familienverfahren, die durch ihre vorwiegend personenrechtlichen Verknüpfungen besonders konfliktbelastet sind und teilweise staatlicher Fürsorge bei der Verfahrensführung bedürfen, wird sich die Bedeutungssteigerung des Anordnungsverfahrens vornehmlich auf die Funktion als Zwischenverfahren bis zur abschließenden Entscheidung im Hauptsacheverfahren beschränken. In bestimmten Kindschaftsverfahren ist sogar fraglich, wann von der selbständigen einstweiligen Anordnung ohne ein bereits laufendes Hauptsacheverfahren überhaupt Gebrauch gemacht werden kann, weil infolge des Vorrang- und Beschleunigungsgebots (§ 155 I FamFG) verschärfte Anforderungen an ein dringendes Regelungsbedürfnis zu stellen sind und die §§ 156 III 2, 3; 157 III FamFG als besondere Vorschriften

¹⁹⁹⁷S.o. 3. Teil: F.I.I.a); F.I.I.b)bb) und F.I.I.a)aa).