

# Famliengerichtliches Verfahren: FamFG

Musielak / Borth / Frank

7. Auflage 2022  
ISBN 978-3-8006-6756-7  
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

der einmal wirksam begründeten Zuständigkeit; der Grundsatz des Sachzusammenhangs greift insoweit nicht ein.<sup>7</sup> Beendet ist die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts mit Eintritt der Rechtskraft dessen Entscheidung bzw. Einlegung der Rechtsbeschwerde.<sup>8</sup>

Nicht eindeutig ist die Bestimmung der Zuständigkeit des Beschwerdegerichts, wenn die Entscheidung des Familiengerichts über die erste Stufe (Auskunft) eines **Stufenantrags zum Unterhalt** mit der Beschwerde angefochten wurde und danach der Unterhaltsberechtigte einen bezifferten Leistungsantrag zum Unterhalt im Wege der einstwAnO stellt. Insoweit ist wegen der Teilentscheidung zur Auskunftsstufe nur dieser Teil beim Beschwerdegericht anhängig, dagegen nicht der Leistungsantrag. Formal betrachtet, ist deshalb das Familiengericht für diesen Leistungsantrag zuständig, wenn man die Klammerwirkung nur auf den jeweiligen Verfahrensteil bezieht und nicht auf das gesamte Unterhaltsrechtsverhältnis.<sup>9</sup> Dies folgt auch aus dem Regelungszweck des § 50, der die Prüfung des identischen Verfahrensgegenstands bei einem Gericht wegen der daraus folgenden effektiven Verfahrensbearbeitung und – erledigung zuordnen will.

**4. Hauptsacheverfahren in der Rechtsbeschwerdeinstanz.** Ist die Hauptsache in der **Rechtsbeschwerdeinstanz** anhängig und ergibt sich während dieser Verfahrensphase die Notwendigkeit zum Erlass einer einstwAnO, so ist das Gericht der ersten Instanz zuständig. Dies folgt aus dem Wortlaut und Sinnzusammenhang des Abs. 1 S. 1, 2, der keine Regelung für diese Sachlage trifft, so dass die Grundregelung des Abs. 1 S. 1 eingreift.<sup>10</sup> Hat die Beschwerdeinstanz zum Zeitpunkt der Einlegung der Rechtsbeschwerde über den Antrag auf Erlass einer einstwAnO noch nicht entschieden, gilt § 2 Abs. 2, so dass die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts bestehen bleibt.

**5. Eilzuständigkeit. Abs. 2 S. 1** regelt die **Eilzuständigkeit** – vergleichbar mit § 942 Abs. 1 ZPO – **7 in besonders dringenden Fällen.** Insoweit sind die Voraussetzungen besonders streng zu prüfen, da der Erlass einer einstwAnO nach der grundlegenden Regelung des § 49 Abs. 1 bereits ein **dringendes Regelungsbedürfnis** erfordert. Maßgebend ist der Ort, an dem ein Bedürfnis für ein gerichtliches Tätigwerden des Gerichts besteht; dies ist regelmäßig der Ort, an dem sich eine Sache oder eine Person befindet und insbesondere der persönliche Eindruck für die Entscheidung des Gerichts von Bedeutung ist.<sup>11</sup> In Bezug auf Familiensachen greift diese Regelung ein, wenn beispielsweise ein minderjähriges Kind gegen den Willen des allein sorgeberechtigten Elternteils von seinem ständigen gewöhnlichen Aufenthalt durch den anderen Elternteil oder einen Dritten entfernt wurde und die erforderliche Prüfung der örtlichen und persönlichen Verhältnisse des minderjährigen Kindes am Ort des angerufenen Amtsgerichts-Familiengericht in Bezug auf eine mögliche Gefährdung des Kindeswohls besser vorgenommen werden kann als bei dem zuständigen Familiengericht. Erlässt danach das Gericht der Eilzuständigkeit nach § 50 Abs. 2 eine Entscheidung, hat es nach Abs. 2 S. 2 das Verfahren umgehend an das zuständige Gericht abzugeben, insbesondere dann, wenn bei diesem bereits die Hauptsache anhängig ist oder die in Familiensachen bestehende Sonderzuständigkeit bei anhängiger Ehesache nach den §§ 153, 202 eingreift (zur Eilzuständigkeit in Fällen einer Auslandsberührung s. Art. 20 EheVO II; → § 49 Rn. 17).

#### IV. Zuständigkeitsbestimmung in Familiensachen

In Familiensachen sind Sonderbestimmungen zu beachten. Hierbei ist nach **verschiedenen Kriterien** **8** zu differenzieren. Ist weder die Hauptsache noch eine Ehesache anhängig, richtet sich die Zuständigkeit für den Antrag auf Erlass einer einstwAnO nach den jeweiligen **bereichsspezifischen Regelungen.** Geht es um eine Kindschaftssache iSd § 151 Nr. 1–3, ist nach § 152 Abs. 2 das Familiengericht zuständig, in dessen Bezirk das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts → § 122 Rn. 5 ff.; → § 152 Rn. 6). Ist eine Ehewohnungs- oder Haushaltssache iSd § 200 zu regeln, greifen die Zuständigkeitsregeln des § 201 Nr. 2–4 nach der dort geregelten Rangfolge ein. Entsprechendes gilt in einer Gewaltschutzsache des § 211 Nr. 1–3, die eine **Wahlmöglichkeit** des Betroffenen vorsehen. Wird im Wege der einstwAnO Unterhalt geltend gemacht, greift § 232 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 ein. Bei sämtlichen Gerichtsständen handelt es sich um eine ausschließliche Zuständigkeit, die auch im Rahmen der §§ 49 ff. zu beachten ist.

Ist ein **Hauptsacheverfahren während der Trennungszeit** anhängig, ohne dass die Ehesache eingeleitet wurde, gelten die ebenfalls zuvor genannten Bestimmungen. Ist eine **Ehesache anhängig**, gelten **9** besondere Bestimmungen. Ist in einer Scheidungssache kein Verbundantrag iSd § 137 zu einer Folgesache gestellt, greift in Kindschaftssachen für gemeinschaftliche Kinder § 152 Nr. 1 ein, der bestimmt, dass während der Anhängigkeit der Ehesache das Gericht zuständig ist, bei dem die Ehesache im ersten Rechtszug anhängig ist oder war. Letzteres gilt, wenn sich die Ehesache in der Beschwerdeinstanz befindet. Entsprechendes gilt nach § 201 Nr. 1 in einer Ehewohnungs- und Haushaltssache sowie nach § 232 Abs. 1 Nr. 1 in einer Unterhaltssache. Auch insoweit liegen ausschließliche Gerichtsstände vor.

Ist ein **Verbundantrag** zu einer der zuvor aufgeführten Folgesachen in erster Instanz anhängig, greifen die zuvor genannten Bestimmungen (→ Rn. 6) ein. Ist die Verbundsache in der Beschwerdeinstanz anhängig, greift Abs. 1 S. 2 ein, so dass das Oberlandesgericht für den Antrag auf Erlass einer einstwAnO zuständig ist. Ist die Folgesache in der Rechtsbeschwerdeinstanz anhängig (BGH), ist wiederum das Familiengericht nach Abs. 1 S. 1 kraft Sachzusammenhangs zuständig (hierzu → Rn. 3; dort auch zu den Wirkungen des Devolutiveffekts bei Einlegen der Beschwerde).

<sup>7</sup> S. BGH FamRZ 1980, 670 f. – zu § 620a ZPO aF; sa OLG Brandenburg MDR 2013, 894; aA Keidel/Giers § 50 Rn. 6.

<sup>8</sup> Sa Keidel/Giers § 50 Rn. 6a; anders OLG Karlsruhe FamRZ 2020, 265 – Erlass der Entscheidung.

<sup>9</sup> So wohl OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2014, 1929.

<sup>10</sup> Sa Begründung RegE BT-Drs. 16/6308, 200.

<sup>11</sup> S. hierzu auch Musielak/Voit/Huber § 942 Rn. 2 f.

### V. Verweisung bei Unzuständigkeit

- 10 Gelangt das angerufene Gericht zur Ansicht, dass es örtlich oder sachlich unzuständig ist, darf es den Antrag auf Erlass einer einstwAnO nicht als unzulässig abweisen, sondern muss das Verfahren bei fehlender örtlicher Zuständigkeit von Amts wegen nach § 3 Abs. 1 an das zuständige Gericht – nach Gewährung des rechtlichen Gehörs – zu verweisen, weil es sich in Familiensachen jeweils um eine ausschließliche Zuständigkeit handelt (→ § 3 Rn. 6).<sup>12</sup>

### VI. Internationale Zuständigkeit

- 11 Die internationale Zuständigkeit für einstwAnO richtet sich nach den §§ 98 ff.<sup>13</sup> Solange eine Ehesache nicht anhängig ist, greifen die § 99 (Kindschaftssachen) und § 105 (andere Verfahren; Zuständigkeit ausschließlich nach der örtlichen Zuständigkeit) des deutschen Gerichts) ein. Sind in einer Ehesache Folgeanträge anhängig, gilt vorrangig § 98 Abs. 2. Allerdings kann für einstwAnO eine **vorrangige Zuständigkeitsbestimmung** auf Grund internationaler Regelungen vor der Zuständigkeitsregelung für Ehesachen nach § 98 bestehen.<sup>14</sup> Art. 20 der EheVO II (eingehend → § 98 Rn. 25 ff.)<sup>15</sup> regelt hierzu die Voraussetzungen, unter denen das Gericht eines Mitgliedstaates nach dem Recht dieses Staates einstweilige Maßnahmen (einschließlich Sicherungsmaßnahmen) in Bezug auf die in diesem Staat befindlichen Personen oder Güter erlassen kann, auch wenn für die Entscheidung der Hauptsache das Gericht eines anderen Mitgliedstaates zuständig ist.<sup>16</sup> Wird von dem nach Art. 3–7 EheVO II zuständigen Gericht eine Hauptsacheentscheidung erlassen, erlischt die Anordnung nach Art. 20 Abs. 2 EheVO II. Hinsichtlich des Zeitpunktes ist auf die nationalen Bestimmungen zurückzugreifen. Wechselt ein Kind während des Verfahrens zur Ehesache seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einen anderen Vertragsstaat, werden dessen Gerichte international zuständig; bei einem Wechsel in einen Nichtvertragsstaat bleibt sie dagegen bestehen.<sup>17</sup> In Unterhaltssachen ist Art. 14 EuUntVO zu beachten.

### VII. Rechtsanwaltsgebühren

- 12 Wird der Antrag beim Beschwerdegericht gestellt (§ 50 Abs. 1 RVG) fallen die Gebühren der Nr. 3100 ff. VV RVG an und nicht die der Nr. 3200 ff. VV RVG,<sup>18</sup> vgl. Vorb. 3.2. Abs. 2 S. 2 VV RVG. Vgl. iÜ → § 49 Rn. 19 f. und → § 119 Rn. 13 f.

## § 51 Verfahren

(1) **Die einstweilige Anordnung wird nur auf Antrag erlassen, wenn ein entsprechendes Hauptsacheverfahren nur auf Antrag eingeleitet werden kann. Der Antragsteller hat den Antrag zu begründen und die Voraussetzungen für die Anordnung glaubhaft zu machen.**

(2) **Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, die für eine entsprechende Hauptsache gelten, soweit sich nicht aus den Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes etwas anderes ergibt. Das Gericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Eine Versäumnisentscheidung ist ausgeschlossen.**

(3) **Das Verfahren der einstweiligen Anordnung ist ein selbständiges Verfahren, auch wenn eine Hauptsache anhängig ist. Das Gericht kann von einzelnen Verfahrenshandlungen im Hauptsacheverfahren absehen, wenn diese bereits im Verfahren der einstweiligen Anordnung vorgenommen wurden und von einer erneuten Vornahme keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind.**

(4) **Für die Kosten des Verfahrens der einstweiligen Anordnung gelten die allgemeinen Vorschriften.**

### Übersicht

	Rn.
I. Normzweck .....	1
II. Anwendungsbereich .....	2
III. Einleitung des Verfahrens auf Antrag oder von Amts wegen .....	3
IV. Die wesentlichen Verfahrensgrundsätze .....	5
1. Geltung allgemeiner Verfahrensgrundsätze .....	5
a) Anwendung der Verfahrensgrundsätze des maßgeblichen Hauptsacheverfahrens .....	5
b) Umfang der Antragsbindung in Kindschaftssachen .....	6
c) Zwingendes Gebot der beschleunigten Erledigung; Untätigkeitsbeschwerde .....	7
2. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz .....	8
3. Mündliche Verhandlung .....	9
4. Wahrung von Ladungs- und Einlassungsfristen .....	10

<sup>12</sup> Sa OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2014, 1479.

<sup>13</sup> Sa OLG Karlsruhe FamRZ 2014, 1565.

<sup>14</sup> ZB Art. 1, 13 Abs. 1 MSA; BGH NJW 1984, 1302 (1304) = FamRZ 1984, 350 (353); OLG Stuttgart NJW 1983, 1981; OLG Celle FamRZ 1990, 656.

<sup>15</sup> Sa BGH FamRZ 2016, 799.

<sup>16</sup> Zur entsprechenden Regelung im Unterhaltsverfahren s. Art. 14 EuUntVO.

<sup>17</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 1005.

<sup>18</sup> Müller-Rabe NJW 2010, 2009 (2010).

	Rn.
5. Wahrung des rechtlichen Gehörs .....	11
6. Anhörung des Kindes, der Eltern und des Jugendamts .....	12
7. Glaubhaftmachung, Beweislast .....	13
8. Entscheidung, Kosten .....	14
9. Abschluss eines Vergleichs .....	16
V. Selbständigkeit des Verfahrens der einstweiligen Anordnung, Übernahme von Verfahrensschritten .....	17
VI. Verhältnis zu Verfahren in selbständigen Familiensachen .....	18
1. Keine anderweitige Rechtshängigkeit .....	18
a) Grundlagen .....	18
b) Auswirkungen im Unterhalt, Erfüllungswirkung bei Hauptsacheverfahren .....	19
c) Kindschaftssachen .....	20
2. Alternative Geltendmachung durch Hauptsacheverfahren .....	21
a) Grundlagen .....	21
b) Unterhalt .....	22
c) Gewaltschutzsachen .....	23
d) Kindschaftssachen .....	24
e) Verfahrenshemmnis bei weggefallenem dringenden Bedürfnis bzw. Regelungsbedürfnis .....	25
3. Abänderbarkeit einer Hauptsacheentscheidung durch eine einstweilige Anordnung – Differenzierung nach Familienstreitsachen und FG-Angelegenheiten .....	26
VII. Verfahrenshindernis bei mehreren identischen Verfahrensgegenständen .....	27
1. Formelle und materielle Rechtskraft .....	27
2. Fehlendes Rechtsschutzinteresse bei mehreren Anträgen .....	28
3. Anhängiges Verfahren im Ausland .....	29
VIII. Vertretung durch einen Rechtsanwalt .....	30
IX. Rechtsanwaltsgebühren .....	31

### I. Normzweck

Die Vorschrift regelt das Verfahren in Bezug auf einen Antrag auf Erlass einer einstwAnO. Die hierin 1 enthaltenen Bestimmungen sind jedoch nicht abschließend, weil nach dem Regelungszusammenhang des Allgemeinen Teils des Buches 1 im Verfahren der einstwAnO insoweit auch die allgemeinen Bestimmungen der Hauptsacheverfahren gelten, da die Verfahren entsprechend Abs. 3 als selbständige geführt werden. Dies gilt zB in Bezug auf die Entscheidung über die Kosten, ferner zur Frage des Rechtsanwaltszwangs. Ferner regelt die Vorschrift die Stellung der einstwAnO im Verhältnis zum Hauptsacheverfahren. Zur sachlichen und örtlichen Zuständigkeit wird auf → § 50 Rn. 2 verwiesen.

### II. Anwendungsbereich

Die Vorschrift legt die Grundlagen des Verfahrens der einstwAnO für sämtliche Bereiche des FamFG 2 fest. Der Schwerpunkt des Anwendungsbereichs liegt in den Familiensachen und Betreuungs- sowie Unterbringungssachen. Die allgemeinen Regelungen der §§ 49 ff. werden durch **Sonderregelungen** in den einzelnen Bereichen ergänzt. In Familiensachen sind das die §§ 156 Abs. 3, 157 Abs. 3 (Kindschaftssachen), § 214 (Gewaltschutzsachen), §§ 246–248 (Unterhaltssachen), in den Betreuungs- und Unterbringungssachen die §§ 300–302. Soweit ein Regelungsbedürfnis iSd § 49 Abs. 1 besteht, kann nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 49 ff. eine einstwAnO auf Antrag oder von Amts wegen erlassen werden. Dies gilt beispielsweise in Ehewohnungs- und Haushaltssachen gemäß §§ 200 ff., wenn ein Beteiligter einen entsprechenden Antrag stellt, aber auch in Versorgungsausgleichssachen gemäß den § 217 (→ § 49 Rn. 14).

Diese Sondervorschriften verdrängen in ihrem Regelungsbereich die allgemeinen Bestimmungen nach den §§ 49 ff. als **lex specialis**. Die allgemeinen Bestimmungen gelten jedoch ergänzend, soweit die Sondervorschriften keine Regelungen vorsehen; dies gilt insbesondere in Bezug auf die besonderen Verfahrensvorschriften des einstweiligen Rechtsschutzes.

### III. Einleitung des Verfahrens auf Antrag oder von Amts wegen

Die Voraussetzungen zur Einleitung des Verfahrens werden in Abs. 1 S. 1 geregelt. Hierin ist der 3 allgemeine Grundsatz des Rechts zur einstwAnO enthalten, dass sich die Einleitung entsprechend dem **jeweiligen Regelungsbereich zur Hauptsache** danach richtet, ob ein Verfahren nur auf Antrag oder von Amts wegen einzuleiten ist. Abs. 1 S. 1 lässt damit auch die Einleitung eines Verfahrens auf Erlass einer einstwAnO von Amts wegen zu. Entsprechend regelt auch § 157 Abs. 3 in den Fällen des §§ 1666, 1666a BGB, dass das Familiengericht von Amts wegen zu prüfen hat, ob zur Wahrung des Kindeswohl ein Eingreifen ohne Antrag eines Beteiligten geboten ist. Ob die Stellung eines Antrags zur Einleitung eines Verfahrens erforderlich ist, richtet sich damit zunächst nach der materiell-rechtlichen Grundlage des jeweiligen Regelungsbereiches.

Eindeutig ist dies in den Fällen der **Regelung eines Unterhaltsanspruchs** im Wege der einstwAnO. Da es sich insoweit stets um eine Familienstreitsache gemäß § 112 Nr. 1 handelt, deren Geltendmachung sich nach den Bestimmungen der ZPO richtet (§ 113 Abs. 1), ist zur Einleitung eines Verfahrens der einstwAnO stets ein Antrag erforderlich, was in § 246 Abs. 1 auch ausgesprochen wird. Nach § 114 Abs. 4 Nr. 1 entfällt aber der Rechtsanwaltszwang für das Verfahren der einstwAnO.

In **Kindschaftssachen** wird regelmäßig durch ein Elternteil ein Antrag zum Erlass einer einstwAnO 4 gemäß den §§ 1632, 1671, 1684 BGB gestellt, da diesem eine materiell-rechtliches Antragsrecht

zusteht.<sup>1</sup> Gleichwohl kann das Familiengericht in diesen Fällen zur Wahrung des Kindeswohls nach § 156 Abs. 3 von Amts wegen, also ohne Antrag ein Verfahren zum Erlass einer einstwAnO einleiten, wenn es nach den dort beschriebenen Voraussetzungen ein dringendes Bedürfnis für eine Regelung sieht; dies gilt auch in Bezug auf den Umgang eines Kindes mit einem Elternteil.<sup>2</sup> Strittig ist, ob ein Elternteil im eigenen Namen ein Verfahren auf Wahrnehmung des Umgangsrechts mit dem anderen Elternteil einleiten kann. Der BGH<sup>3</sup> hat ein Antragsrecht nur in Bezug auf das Kind (als dessen höchstpersönliches Recht, aber vertreten durch den sorgeberechtigten Elternteil) zugelassen. Dem widerspricht das OLG Frankfurt a. M.,<sup>4</sup> das einen solchen Antrag allerdings als Anregung zur Anordnung des Umgangs mit dem nicht sorgeberechtigten Elternteil von Amts wegen ansieht, da nach § 1684 Abs. 3 BGB eine Pflicht zur Ausübung des Umgangs besteht. Im Bereich der einstwAnO gilt dies allerdings nur, soweit iSd § 49 ein **dringendes Bedürfnis** zu einer Anordnung im Interesse des Kindeswohls besteht (zur Anordnung im Hauptsacheverfahren → § 151 Rn. 7). Da eine Antragsbefugnis von einem eigenen materiellen Anspruch abhängt (und eine § 1629 Abs. 3 BGB entsprechende Vorschrift fehlt), ist regelmäßig ein solcher Antrag unzulässig.

#### IV. Die wesentlichen Verfahrensgrundsätze

- 5 **1. Geltung allgemeiner Verfahrensgrundsätze. a) Anwendung der Verfahrensgrundsätze des maßgeblichen Hauptsacheverfahrens.** Abs. 2 S. 1 bestimmt, dass sich das Verfahren nach den Vorschriften richtet, die für die entsprechende Hauptsache gelten, soweit sich nicht aus den Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes etwa anderes ergibt. Soweit die Beteiligten in einem **ZPO-Verfahren** (Unterhalt, Güterrechtssachen nach § 261 Nr. 1, sonstige Familiensachen), für die nach § 113 Abs. 1 die Regelungen der ZPO gelten, das Anordnungsverfahren durch einen Antrag einleiten, sind sie grds. befugt, diesen wieder zurückzunehmen, für erledigt zu erklären oder entsprechend § 251 das Ruhen des Verfahrens zu beantragen. Entsprechendes gilt in den FG-Verfahren nach § 22.<sup>5</sup> Nimmt der Antragsteller seinen Antrag bei einer vom FamG ins Auge gefassten Maßnahme nach § 1671 Abs. 3 BGB iVm § 1666 Abs. 1 BGB zurück, kann das FamG nach § 157 Abs. 1, 3 von Amts wegen ein Verfahren einleiten und im Zusammenhang mit diesem eine einstwAnO zur Wahrung des Kindeswohls erlassen. In den ZPO-Verfahren ist das Gericht nach § 308 an den gestellten Antrag gebunden; das FamG kann nach § 139 ZPO auf sachdienliche Anträge hinweisen; ferner gilt § 307 ZPO. Entsprechendes gilt in den FG-Verfahren nach § 28, der in vergleichbarer Weise **verfahrensleitende Hinweise** zulässt. Da jeweils nur in Beschlussform entschieden wird, scheidet auch für die Anträge, die sich nach den Bestimmungen der ZPO richten (Unterhalt, Zugewinn) eine **Versäumnisentscheidung** aus; dies wird in Abs. 2 S. 3 ausdrücklich festgelegt.
- 6 **b) Umfang der Antragsbindung in Kindschaftssachen.** Besonderheiten bestehen in den Verfahren gemäß § 151 Nr. 1. § 1671 Abs. 1, 2 BGB enthält ein (materielles) Antragsrecht zur Regelung der elterlichen Sorge, an den das FamG gebunden ist; hiervon kann es nach § 1671 Abs. 4 BGB nur unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB abweichen. Dies gilt auch im Rahmen eines Verfahrens der einstwAnO. In den Verfahren nach § 151 Nr. 2 besteht keine Bindung an einen gestellten Antrag; das Familiengericht kann das Umgangsrecht nach § 1684 Abs. 3 S. 1 BGB anders als beantragt gestalten und es gemäß § 1684 Abs. 4 S. 1 BGB auch einschränken, soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Es kann auch anordnen, dass der Umgang nur stattfindet, wenn ein mitwirkungsbereiter Dritter anwesend ist, § 1684 Abs. 4 S. 3 BGB oder nach § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB eine **Umgangspflegschaft** anordnen.
- 7 **c) Zwingendes Gebot der beschleunigten Erledigung; Untätigkeitsbeschwerde.** EinstwAnO sind grundsätzlich unverzüglich zu bearbeiten und zu entscheiden. Ferner verlangt Abs. 1 S. 2, dass der Antrag auf Erlass einer einstwAnO zu **begründen** ist und die Voraussetzungen für die Anordnung iSd § 31 **glaubhaft zu machen** sind (auch → Rn. 12). Bei einer unangemessenen Verzögerung war bis zum Erlass des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren,<sup>6</sup> in dem das GVG durch die §§ 198–201 ergänzt werden und grundsätzlich eine Entschädigung des Betroffenen vorsieht, die **Untätigkeitsbeschwerde** zulässig.<sup>7</sup> Diese griff dann ein, wenn eine unzumutbare Verzögerung dargelegt wurde und sich diese objektiv als eine Rechtsschutzverweigerung darstellte. Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes wurde in der Rechtsprechung sowie Literatur überwiegend vertreten, dass dieser außerordentliche Rechtsbehelf nicht mehr zulässig ist.<sup>8</sup> Für diese Ansicht sprach zunächst, dass es der Gesetzgeber bei der nach § 198 Abs. 3 S. 1 GVG gebotenen **Verzögerungsrüge** belassen hat und keine Beschwerdebefugnis zum Rechtsmittelgericht vorsieht.<sup>9</sup> In Bezug auf den einstweiligen Rechtsschutz stellte sich deshalb bei Vorliegen eines **besonderen Sicherungsbedürfnisses eines Betroffenen** die Frage, ob die Sperrwirkung angesichts des **unzulänglichen Schutzes** der §§ 198 ff. GVG auch insoweit gilt. Mit der Einführung der §§ 155b, 155c (→ § 155b Rn. 2 ff.) besteht jedenfalls für eine Untätigkeitsbeschwerde kein Rechtsschutzbedürfnis mehr.
- 8 **2. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz.** In den ZPO-Verfahren (Unterhalt, Zugewinn nach § 261 Nr. 1, sonstige Familiensachen) gilt der Verhandlungsgrundsatz,<sup>10</sup> da im einstweiligen Rechtsschutz die Pflichten des Gerichts nicht weiter gehen als im entsprechenden Hauptsacheverfahren; dies folgt

<sup>1</sup> S. zB OLG Brandenburg FamRZ 2014, 784 – zur Regelung der elterlichen Sorge nach § 1671 Abs. 1 BGB; OLG Hamburg FamRZ 2015, 2185.

<sup>2</sup> S. BGH FamRZ 2012, 533 Rn. 21 – Abänderungsverfahren.

<sup>3</sup> FamRZ 2008, 1334 mAnm Luthin; sa BVerfG FamRZ 2008, 845.

<sup>4</sup> OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2014, 576.

<sup>5</sup> S. zB OLG Hamburg FamRZ 2015, 2185.

<sup>6</sup> Gesetz v. 24.11.2011, BGBl. I S. 2302; s. hierzu BGH FamRZ 2021, 1302 zum Sorge- und Umgangsrecht.

<sup>7</sup> BVerfG NJW 2005, 1105 = FamRZ 2005, 173.

<sup>8</sup> OLG Jena BeckRS 2012, 09770 = FamRZ 2012, 728; OLG Brandenburg BeckRS 2012, 05683 = FamRZ 2012, 1076; OLG Düsseldorf NJW 2012, 1455; Althammer/Schäuble NJW 2012, 1 (5); Zimmermann FamRZ 2011, 1905.

<sup>9</sup> S. BT-Drs. 17/3802, 16.

<sup>10</sup> OLG Frankfurt a. M. FamRZ 1985, 409 (410).

auch aus Abs. 2 S. 1, der auf die Vorschriften verweist, die für die Hauptsache gelten. Hinsichtlich der Beweiswürdigung gilt § 294 Abs. 1 ZPO. Liegen keine präsenten Beweismittel vor (§ 294 Abs. 2), entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, ob diese berücksichtigt werden (→ Rn. 12). In den Verfahren der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt dagegen der Untersuchungsgrundsatz gemäß § 26. An die Glaubhaftmachung nach Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit § 31 ist das Gericht in diesen Fällen nicht gebunden, sondern kann eigene Ermittlungen anstellen.

**3. Mündliche Verhandlung.** Nach Abs. 2 S. 2 wird die Durchführung einer mündlichen Verhandlung<sup>9</sup> freigestellt. Die Verfahrensregelungen in Kindschaftssachen verlangen aber regelmäßig, dass ein Termin mit den Beteiligten stattfindet, regelmäßig auch eine Anhörung; dies folgt aus den §§ 156, 157. Nicht zulässig ist eine Vermischung von schriftlichem und mündlichem Verfahren.<sup>11</sup> Das Gericht ist in der Gestaltung des Verfahrensweges frei. Es kann

- die einstwAnO in Eilfällen sofort ohne Anhörung des Gegners erlassen, muss diese aber zur Wahrung des rechtlichen Gehörs in jedem Fall nachholen und ggf. erneut entscheiden; der Beschluss kann hierzu zeitlich befristet werden;
- sofort nach Eingang des Antrags einen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen;
- dem Antragsgegner im Rahmen des schriftlichen Verfahrens eine Frist zur Stellungnahme einräumen und danach ohne mündliche Verhandlung entscheiden;
- zunächst den Antragsgegner anhören und (bei unklarer Sachlage) einen Termin anberaumen.

**4. Wahrung von Ladungs- und Einlassungsfristen.** In allen Fällen ist aber das Verfahren zügig<sup>10</sup> voranzutreiben und alsbald in der Sache zu entscheiden. In den Kindschaftssachen ist ferner das **Vorrang- und Beschleunigungsgebot** des § 155 zu beachten. Wird zunächst mündlich verhandelt und danach auf der Grundlage eines schriftlichen Vorbringens (mit Glaubhaftmachung nach § 31) entschieden, liegt eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren vor, so dass ein Antrag nach § 54 Abs. 2 möglich ist. Wird die mündliche Verhandlung anberaumt, gilt in den Familienstreitsachen gemäß § 112 die **Ladungsfrist** nach § 217 ZPO; dagegen ist im einstweiligen Rechtsschutz die Wahrung der **Einlassungsfrist** nach § 274 Abs. 3 ZPO nicht zwingend, wenn eine sofortige Entscheidung geboten ist. In den FG-Verfahren kann die Ladungsfrist gemäß § 32 Abs. 2 im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit ebenfalls sehr kurz gehalten werden. Erscheint der Antragsgegner nicht zur mündlichen Verhandlung, ist streitig (einseitig) zu verhandeln, da nach Abs. 2 S. 3 eine Säumnisentscheidung nicht zulässig ist; erscheint der Antragsteller nicht, kann auf Antrag des Antragsgegners eine abweisende Entscheidung ergehen.

**5. Wahrung des rechtlichen Gehörs.** Auch im Anordnungsverfahren gilt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG. Dieser Grundsatz gilt in allen Phasen des Verfahrens, so dass auch § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO in den Familienstreitsachen und § 28 Abs. 1 in den FG-Verfahren zu beachten sind. Ist in eiligen Sachen eine sofortige Entscheidung geboten,<sup>12</sup> ist die Anhörung unverzüglich nachzuholen. Dies wird in Bezug auf die unterlassene Anhörung eines Kindes in § 159 Abs. 3 S. 2 ausdrücklich angeordnet.

**6. Anhörung des Kindes, der Eltern und des Jugendamts.** In den Kindschaftssachen gemäß § 151<sup>12</sup> Nr. 1–3 sollen nach § 156 Abs. 3 S. 3 sowie § 159 Abs. 1 das Kind, nach § 160 Abs. 1 die Eltern und nach § 162 Abs. 1 S. 1 das Jugendamt angehört werden; unterbleibt dies **wegen Gefahr in Verzug**, ist diese nachzuholen, § 159 Abs. 3 S. 2, 160 Abs. 4, 162 Abs. 1 S. 2. Danach verlangt das Gesetz vergleichbare Aufklärungspflichten auch in den jeweiligen Hauptsacheverfahren, die zur Wahrung des Kindeswohls, insbesondere im Hinblick auf die Kontinuität der Entscheidung vorzunehmen sind. Ferner erfordert regelmäßig der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 26 auch die Anhörung der Eltern sowie von Pflegepersonen (§ 161). Unterbleibt die Anhörung, weil eine sofortige Entscheidung (zur Wahrung des Kindeswohls) geboten ist, muss die Anhörung nachgeholt werden. Hieraus kann sich die Notwendigkeit einer Abänderung der Entscheidung nach § 54 Abs. 2 von Amts ergeben, also ohne dass dies von einem Elternteil beantragt wird, die immer zulässig ist, aber im Hinblick auf die (möglichen) negativen Auswirkungen auf das Wohl des Kindes im Falle eines mehrfachen Aufenthaltswechsels möglichst vermieden werden sollte. Hieraus ergibt sich auch, dass nur in Fällen, in denen eine unmittelbare Gefahr für das Kindeswohl besteht, ohne Anhörung des Kindes, der Eltern und des Jugendamts eine einstwAnO zu erlassen ist.<sup>13</sup> In den Verfahren nach § 151 Nr. 1–3 sollte deshalb eine Entscheidung nur auf Grund einer mündlichen Verhandlung erfolgen. Zur Einholung eines jugendpsychologischen Sachverständigengutachtens ist das Anordnungsverfahren wegen seines summarischen Charakters nicht geeignet, deshalb sollte dies dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.<sup>14</sup>

**7. Glaubhaftmachung, Beweislast.** Der Antragsteller soll nach Abs. 1 S. 2 die Voraussetzungen für die Anordnung glaubhaft machen (§ 113 Abs. 1 in Verbindung mit 294 ZPO in den Familienstreitsachen; nach § 31 in den FG-Verfahren, danach auch durch Versicherung an Eides statt).<sup>15</sup> Hieraus ergibt sich grds. ein geringerer Maßstab für die Beweisanforderungen.; insoweit ist zur richterlichen Überzeugungsbildung eine freie Würdigung auf der Grundlage der Annahme einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichen.<sup>16</sup> Nach Abs. 1 S. 2 kann sich das Gericht hinsichtlich einer unverzüglich zu erlassenden Entscheidung nur auf die Glaubhaftmachung stützen; da das Verfahren seinem Charakter nach ein Eilverfahren ist, liegt der Umfang der Ermittlungen auch in den FGG-Verfahren im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Deshalb haben regelmäßig zeitraubende Ermittlungen zu unterbleiben, weil ansonsten der einstweilige Rechtsschutz nicht mehr gewährt würde (und iÜ dem für den Erlass einer einstwAnO bejahten Rege-

<sup>11</sup> OLG Hamburg FamRZ 1986, 183 (184).

<sup>12</sup> ZB bei drohender Gefährdung eines Kindes.

<sup>13</sup> S. hierzu BVerfG FamRZ 2018, 1084 Rn. 19 ff.

<sup>14</sup> Sa OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 182 f.; für weiter gehende Aufklärungspflicht MüKo/Finger Rn. 25, 27.

<sup>15</sup> Sa BT-Drs. 16/6308, 190; OLG Brandenburg FamRZ 2020, 1833 mAnm Cirullies.

<sup>16</sup> Sa BGH NJW-RR 2007, 776.

lungsbedürfnis entgegenstünde). Entsprechend scheidet auch die **Einholung eines Sachverständigen-gutachtens** aus.<sup>17</sup> In ZPO-Verfahren kann sich die Situation ergeben, dass den vom Antragsteller glaubhaft gemachten Anordnungsvoraussetzungen (zB in Unterhaltssachen zum Bedarf bzw. Leistungsfähigkeit oder zu § 1579 Nr. 1–7 BGB) eine „Gegenglaubhaftmachung“ des Antragsgegners entgegensteht. In diesem Fall gelten die allgemeinen Beweislastregeln, die auf der Grundlage der jeweiligen Glaubhaftmachung anzuwenden sind.<sup>18</sup> **Präsente Beweismittel** iSd § 294 Abs. 2 ZPO können in das Verfahren eingebracht werden, so im Termin anwesende Zeugen, schriftliche Erklärungen und Auskünfte von Behörden. In den FG-Verfahren ist wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes eine reine Beweislastentscheidung nicht zulässig (→ § 30 Rn. 10).

- 14 **8. Entscheidung, Kosten.** Die Entscheidung ergeht in Form des Beschlusses als Regelform der Entscheidung nach dem FamFG (§ 38 Abs. 1). Eine **Versäumnisentscheidung** ist auch in ZPO-Verfahren nicht zulässig, Abs. 2 S. 3; dies gilt damit auch in den Familienstreitsachen, weil das summarische Verfahren eine abschließende Schlüssigkeitsprüfung nicht ermöglicht. Beim OLG (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. a GVG-Familien-sachen) kann in Bezug auf Familienstreitsachen iSd § 112 weder der vorbereitende Einzelrichter noch der Vorsitzende in Eilsachen allein entscheiden. Jedoch ist eine **Einzelrichterentscheidung** nach § 68 Abs. 4 in Verbindung mit § 526 ZPO zulässig. In einer Betreuungssache vor dem Amts- sowie Landgericht darf jedoch kein Richter auf Probe im ersten Jahr nach seiner Ernennung tätig werden (§ 23c Abs. 2 iVm § 72 Abs. 1 S. 2 GVG). Der ergangene Beschluss ist nach § 38 Abs. 3 **grundsätzlich zu begründen**, da die Entscheidung den Verfahrensgegenstand (Antrag auf Erlass einer einstwAnO) ganz oder teilweise iSd § 38 Abs. 1 erledigt; dies gilt auch in den Familienstreitsachen, da § 113 Abs. 1 die Anwendung der Regelung des § 38 ausdrücklich vorsieht. Eine Ausnahme vom Begründungszwang besteht lediglich in den Fällen des § 38 Abs. 4 (jedoch keine Säumnisentscheidung). Ergeht die Entscheidung in einer Familienstreitsache (§ 112) auf **Grund mündlicher Verhandlung**, ist sie nach § 113 Abs. 1 in Verbindung mit § 329 Abs. 1 ZPO zu verkünden (vor allem bei einstwAnO in Unterhaltssachen; → § 41 Rn. 8; → § 116 Rn. 3); ansonsten kann sie nach § 329 Abs. 2 S. 1 ZPO formlos mitgeteilt werden. Sie ist von Amts wegen zuzustellen, wenn die Entscheidung einen vollstreckbaren Inhalt besitzt, § 329 Abs. 3 ZPO. Die **Entscheidung in einem FG-Verfahren** ist nach § 41 bekannt zu geben.
- 15 Über die **Kosten** ist nach Abs. 4 zu entscheiden, da das Verfahren der einstwAnO als selbständiges Verfahren zu führen ist. Hiernach gelten die allgemeinen Bestimmungen nach §§ 80–84. Soweit über die Kosten in einer Familienstreitsache zu entscheiden ist, greift auch insoweit § 113 Abs. 1 S. 1 ein; damit ist in einer Unterhaltssache § 243 anzuwenden, ansonsten die §§ 91 ff. ZPO (→ § 113 Rn. 2). In den FG-Verfahren wird mit Ausnahme der Gewaltschutzsachen in der Regel eine Aufhebung der Kosten in Betracht kommen. Wegen der Einzelheiten wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen. Hinsichtlich der Vollstreckung wird auf die Darlegungen zu § 53 verwiesen. Eine **Beschwerde** ist nach § 57 gegen eine Familienstreitsache nicht zulässig.<sup>19</sup>
- 16 **9. Abschluss eines Vergleichs.** Zulässig ist in allen ZPO-Verfahren der Abschluss eines vollstreckbaren Vergleiches nach § 794 Abs. 1 ZPO; dem steht nicht entgegen, dass § 794 Abs. 1 Nr. 3a ZPO aufgehoben wurde, da das Verfahren zum Erlass einer einstwAnO als **selbständiges Verfahren** zu führen ist und der Vergleich iSd § 794 Nr. 1 ZPO verfahrensabschließende Wirkung besitzt. Entsprechendes gilt in den FG-Verfahren, da nach § 36 Abs. 1 ein Vergleich zulässig ist, soweit die Beteiligten über den Gegenstand des Verfahrens verfügen können. Dies gilt grundsätzlich in Kindschaftssachen (im Rahmen des § 156), soweit nicht die Voraussetzungen des § 157 Abs. 1, 3 vorliegen.

## V. Selbständigkeit des Verfahrens der einstweiligen Anordnung, Übernahme von Verfahrensschritten

- 17 Das Verfahren der einstwAnO ist – wie der Arrest nach den §§ 916 ff. ZPO sowie die einstw. Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO – als selbständiges Verfahren zu führen. Gleichwohl entfällt grundsätzlich nicht das Rechtsschutzbedürfnis für das Hauptsacheverfahren, weil das Verfahren nach den §§ 49 ff. als summarisches Verfahren einen geringeren Richtigkeitsgehalt als ein Hauptsacheverfahren aufweist (s. folgende → Rn. 18 f.).<sup>20</sup> Es wird deshalb auch nicht mit der Scheidungssache oder einer selbständigen Familiensache verbunden (eingehend → Vorb. vor § 49 Rn. 1 f.).<sup>21</sup> Auf Grund der Selbständigkeit des Verfahrens der einstwAnO ist nach Abs. 4 eine **Kostenentscheidung** zu treffen. Die Unabhängigkeit von der Hauptsache in verfahrensmäßiger Hinsicht verändert jedoch nicht den Charakter des Verfahrens als summarisches Verfahren.
- Jedoch sieht Abs. 3 S. 2 die Möglichkeit vor, einzelne **Verfahrenshandlungen ins das Hauptsacheverfahren** zu übernehmen. Dies gilt beispielsweise für eine zwingende Anhörung eines Beteiligten oder die Einholung einer schriftlichen Stellungnahme, soweit hierdurch der Sachverhalt umfassend geklärt wurde und nachträglich kein weiterer Ermittlungsbedarf besteht. Zutreffend weist die Gesetzesbegründung<sup>22</sup> aber – im Hinblick auf die weiterreichende Regelung des § 68 Abs. 3 im Beschwerdeverfahren darauf hin, dass im Falle einer mündlichen Verhandlung im Verfahren nach § 49 auf diese im Hauptsacheverfahren nicht verzichtet werden sollte; dies ergibt sich aus dem summarischen Charakter dieses Verfahrens. Auch ist nicht auszuschließen, dass sich die Verfahrenslage inzwischen geändert hat.

<sup>17</sup> S. hierzu BVerfG FamRZ 2018, 1084 Rn. 19 ff. – besondere Eilbedürftigkeit; sa OLG Jena FamRZ 2010, 1830.

<sup>18</sup> OLG Hamm FamRZ 1983, 1150.

<sup>19</sup> Zur Entscheidung durch Urteil entgegen § 38 Abs. 1 s. OLG Brandenburg FamRZ 2000, 1421.

<sup>20</sup> OLG Nürnberg NJW 2011, 319 = FamRZ 2010, 1679.

<sup>21</sup> Sa OLG Stuttgart FamRZ 2010, 1678.

<sup>22</sup> BT-Drs. 16/6208, 200; sa BGH FamRZ 2020, 1121 – Anhörung durch ersuchten Richter.

## VI. Verhältnis zu Verfahren in selbständigen Familiensachen

**1. Keine anderweitige Rechtshängigkeit. a) Grundlagen.** Auf Grund des summarischen Verfahrenscharakters der einstwAnO nach §§ 49 ff. tritt mit Stellung eines Antrags nach kein Fall der anderweitigen Rechtshängigkeit dieses Verfahrens iSd § 261 Abs. 1, 3 ZPO ein, mit der Folge, dass wegen des wesentlich umfassenderen Rechtsschutzes ein gleichzeitig geltend gemachtes Hauptsacheverfahren desselben Regelungsbereiches grds. möglich ist.<sup>23</sup> Dies folgt auch mittelbar aus § 52 Abs. 1, 2. Ebenso wenig fehlt es an einem Rechtsschutzbedürfnis für die einstwAnO, für deren prozessuale Voraussetzungen ein Regelungsbedürfnis genügt (→ § 49 Rn. 3, 6).<sup>24</sup>

**b) Auswirkungen im Unterhalt, Erfüllungswirkung bei Hauptsacheverfahren.** Der Trennungs- sowie nacheheliche Unterhalt kann gemäß §§ 1361 Abs. 1, 1569 ff. BGB sowohl nach § 246 Abs. 1 im Verfahren der einstwAnO als auch im Erkenntnisverfahren als Familiensache nach § 231 Abs. 1 Nr. 2 geltend gemacht werden. Erlangt der Berechtigte zunächst nach § 49 Abs. 1 einen Vollstreckungstitel und vollstreckt er hieraus, so erlischt in Höhe des geleisteten Betrages ab diesem Zeitpunkt der Anspruch wegen Erfüllung der materiell-rechtliche Anspruch auf Unterhalt.<sup>25</sup> Ein Antrag im Erkenntnisverfahren ist dementsprechend in der Hauptsache für erledigt zu erklären. Dies gilt aber nicht, wenn der Schuldner erkennbar nur zur **Abwehr der Vollstreckung** aus der einstwAnO Unterhalt leistet, da es insoweit an einer Erfüllungswirkung gemäß § 362 BGB fehlt.<sup>26</sup> Gleiches gilt, wenn der **Unterhalt nur als Darlehen** gezahlt wird.<sup>27</sup> Ferner stellt die einstwAnO keinen Rechtsgrund zum Behaltendürfen des Unterhalts im Sinne der §§ 812 ff. BGB dar. Soweit in Unterhaltssachen sowohl aus der einstwAnO als auch der Hauptsache in Bezug auf denselben Zeitraum vollstreckt wird, greift § 767 ZPO ein. Dies wird teilweise im Hinblick auf die Streichung des § 794 Abs. 1 Nr. 3a ZPO verneint, so dass vorrangig der Rechtsbehelf gemäß § 54 bzw. ein negativer Feststellungsantrag in Betracht komme.<sup>28</sup> dem steht aber entgegen, dass die Vollstreckung aus einer einstwAnO möglich ist; dies bedingt es nach dem Regelungszweck des § 767 Abs. 1 ZPO auch, den Rechtsbehelf des § 767 ZPO zuzulassen.<sup>29</sup>

**c) Kindschaftssachen.** Vergleichbar ist die Sachlage bei der Sorgerechtsregelung nach § 1671 Abs. 1 BGB, die in der Zeit des Getrenntlebens ergeht. Diese kann als einstwAnO nach § 156 Abs. 3 S. 1 oder als Kindschaftssache nach § 151 Nr. 1 geltend gemacht werden. Zwar sind bei einer einstwAnO nach §§ 159 Abs. 3 S. 2, 162 Abs. 1 S. 2 das Jugendamt und das Kind zu hören. Eine Abänderung ist aber bei einer selbständigen Sorgerechtsregelung nur nach § 1696 BGB möglich, während bei einer einstwAnO eine solche bereits im Rahmen des § 54 Abs. 1 in Betracht kommt, also eine geringere Bestandskraft aufweist. Ist aufgrund der erlassenen einstwAnO das Sorgerecht zwischen den Eltern nicht mehr streitig, kann für den Hauptsacheantrag das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

**2. Alternative Geltendmachung durch Hauptsacheverfahren. a) Grundlagen.** Dem Berechtigten ist es unbenommen, lediglich das Verfahren der einstwAnO oder das Erkenntnisverfahren zu wählen und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Regelungsbereich aus der ZPO oder ein FG-Verfahren handelt. Zulässig ist es auch, beide Verfahren gleichzeitig nebeneinander oder zunächst nur das Erkenntnisverfahren zu betreiben und (bei dessen schleppenden Verlauf) später einen Antrag auf Erlass einer einstwAnO im selbständigen Verfahren gemäß § 49 zu stellen. Andererseits fehlt es an einem Rechtsschutzbedürfnis, wenn ein Antrag auf eine einstwAnO gestellt wird, obwohl das laufende Hauptsacheverfahren entscheidungsreif ist, da in diesem Verfahren die sofortige Wirksamkeit angeordnet werden kann (§ 116 Abs. 3 S. 2).

**b) Unterhalt.** Soweit es um **Unterhalt** nach §§ 1361 Abs. 1, 1569 ff. 1601 ff. BGB bzw. § 1615i BGB geht, kann auch neben dem Hauptsacheverfahren § 231 Abs. 1 Nr. 2 auch eine einstwAnO nach §§ 49, 246 beantragt werden. Lediglich dann, wenn das Erkenntnisverfahren (zum Anspruch nach § 1361 Abs. 1 BGB) bereits rechtskräftig abgeschlossen ist,<sup>30</sup> gilt dieses Verfahren als anderweitige Regelung iSd § 56 Abs. 1, so dass eine einstwAnO nicht mehr möglich ist (zur Abänderung nach §§ 238, 239 → § 238 Rn. 5, 24, → § 239 Rn. 2; ferner → § 54 Rn. 3 ff.). Zulässig es jedoch, nach der Ablehnung des Trennungsunterhalts gemäß § 1361 Abs. 1 BGB im Wege der einstwAnO nach §§ 49, 246 den nachehelichen Unterhalt nach §§ 1569 ff. BGB nach rechtskräftiger Scheidung geltend zu machen, weil es sich insoweit um einen anderen materiellen Regelungsbereich handelt, so dass es an der Voraussetzung einer anderweitigen Regelung iSd § 56 Abs. 1 fehlt. Ferner kann der nacheheliche Unterhalt im Verbund nach § 137 Abs. 2 Nr. 2 geltend gemacht werden. Soweit für die einstwAnO und die Hauptsache jeweils Verfahrenskostenhilfe geltend gemacht wird, kann diese in Bezug auf eines der beiden Verfahren nicht als mutwillig iSd § 114 abgelehnt werden,<sup>31</sup> jedoch dann, wenn im Falle eines vollstreckbaren einstwAnO für denselben Zeitraum Unterhalt verlangt wird.

**c) Gewaltschutzsachen.** In Gewaltschutzsachen wird teilweise für das Hauptsacheverfahren im Rahmen der Verfahrenskostenhilfe Mutwilligkeit angenommen, wenn bereits in einer einstwAnO eine auf Kontakt- oder Näherungsverbot gerichtete gerichtliche Maßnahme erwirkt wurde.<sup>32</sup> Dies mag im Einzelfall zutreffend sein, wenn durch eine solche Anordnung eine Beruhigung der Verhältnisse eingetreten und zu erwarten ist, dass die Anordnung Dauerwirkung zeigt. Allerdings kann für einen solchen Antrag nicht

<sup>23</sup> BGH NJW 1980, 454 = FamRZ 1980, 131 – Sorgerecht; NJW 1983, 1330 = FamRZ 1983, 355 – Trennungsunterhalt; ebenso OLG Hamm FamRZ 1997, 183 zum Verhältnis isoliertes Sorgerechtsverfahren zur einstwAnO.

<sup>24</sup> Sa OLG Nürnberg FamRZ 2010, 1679; OLG München BeckRS 2012, 06089 = FamRZ 2012, 391.

<sup>25</sup> BGH FamRZ 2014, 917 Rn. 40, 44.

<sup>26</sup> BGH FamRZ 1985, 908 (910); 2014, 917 Rn. 40, 44.

<sup>27</sup> BGH FamRZ 2010, 1637 (1642); 2000, 751 (753).

<sup>28</sup> Roßmann ZFE 2011, 56 (61).

<sup>29</sup> Sa Langheim FamRZ 2014, 1413 (1422).

<sup>30</sup> BGH NJW 1991, 705 verlangt den rechtskräftigen Abschluss des Erkenntnisverfahrens.

<sup>31</sup> S. OLG Stuttgart FamRZ 1992, 1195 – selbständige Klage auf Unterhalt; OLG Hamburg FamRZ 2000, 1583 f.

<sup>32</sup> So OLG Zweibrücken FamRZ 2010, 666 mAnm van Els FamRZ 2010, 1756.

das **Rechtsschutzbedürfnis** verneint werden, weil eine einstwAnO nicht geeignet ist, einen Bestrafungsantrag nach § 4 GewSchG im Falle der Nichtbefolgung der Anordnung zu stellen. Auch spricht die Vorschrift des § 52 Abs. 2 gegen die Versagung des Rechtsschutzbedürfnisses für das Hauptsacheverfahren. Schließlich sollen Maßnahmen in Gewaltschutzsachen nur zeitlich befristet werden, so dass die sachliche Reichweite der Anordnung mit der Anordnung in der Hauptsache nicht übereinstimmt.<sup>33</sup> Zwar hat der Gesetzgeber das Verfahren der einstwAnO stärken wollen (→ vor § 49 Rn. 2). Dies bedeutet jedoch nicht dass ein Betroffener neben dem Verfahren zum einstweiligen Rechtsschutz nicht das Hauptsacheverfahren durchführen dürfte, weil dieser nur eine vorläufige Regelung ohne gesicherte Dauerwirkung darstellt.

- 24 **d) Kindschaftssachen.** In Kindschaftssachen iSd § 151 Nr. 1–3 gilt gleichermaßen, dass eine Anordnung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gemäß § 49 nicht dieselbe Bestandskraft aufweist wie ein Hauptsacheverfahren. Dies zeigt sich nicht nur in Bezug auf die summarische Prüfung der Verhältnisse im Verfahren der einstwAnO, woraus sich eine jederzeitige Abänderungsbedürftigkeit gemäß § 54 nahezu regelmäßig ergibt, sondern auch in der Vorschrift des § 1696 Abs. 1 BGB, die nur aus triftigen Gründen die Abänderung der Anordnung im Hauptsacheverfahren zulässt.<sup>34</sup>

- e) Verfahrenshemmnis bei weggefallenem dringenden Bedürfnis bzw. Regelungsbedürfnis.**  
25 Wurden in einem laufendem Hauptsacheverfahren zur elterlichen Sorge bereits Ermittlungen zur Prüfung des Kindeswohls vorgenommen (durch Anhörung des Kindes und weiterer Beteiligten; Einholen eines Sachverständigengutachten) und ergibt sich in Bezug auf einen gestellten Antrag, dass eine Eilbedürfnis nicht (mehr) gegeben ist, kann eine noch nicht ergangene Entscheidung nicht mehr erlassen werden. Dies gilt insbesondere, wenn das Hauptsacheverfahren weitgehend entscheidungsreif ist.<sup>35</sup>

Entsprechendes gilt in einem Hauptsacheverfahren zum Unterhalt, wenn dieses zur Entscheidung ansteht, weil nach § 116 Abs. 3 S. 2 die sofortige Wirksamkeit der Endentscheidung angeordnet werden soll, so dass der Unterhaltsberechtigte aus diesem Titel vollstrecken kann (zum Unterlassen, wenn bereits eine einstwAnO besteht → § 116 Rn. 4 ff.).

- 26 **3. Abänderbarkeit einer Hauptsacheentscheidung durch eine einstweilige Anordnung – Differenzierung nach Familienstreitsachen und FG-Angelegenheiten.** In Familienstreitsachen erwachsen Beschlüsse iS einer Endentscheidung in materieller Rechtskraft iSd § 322 ZPO. Sie können deshalb nur im Wege des Antrags nach den §§ 238, 239 abgeändert werden, nicht jedoch durch den Antrag auf Erlass einer einstwAnO (→ § 238 Rn. 24). Im Bereich der FG-Familienachen tritt materielle Rechtskraft nicht ein. Soweit ein Regelungsbedürfnis für den Erlass einer einstwAnO besteht, kann deshalb auch eine vorläufige Anordnung gemäß den §§ 49 ff. getroffen werden. Erkennbar wird dies in dem Fall des § 157 Abs. 1, 3, wenn einem Elternteil die Alleinsorge übertragen wurde, der andere Elternteil danach aber feststellt, dass eine Verwahrlosung des Kindes zu befürchten ist. In diesem Fall kann auch ein Beschluss in der Hauptsache durch eine einstwAnO abgeändert werden. Gleiches gilt, wenn einem Elternteil die Alleinsorge zusteht, das Kind sich aber beharrlich weigert, weiterhin beim anderen Elternteil zu verbleiben. Dies gilt vor allem bei Kindern, die aufgrund ihrer persönlichen Reife nachvollziehbar den Wechsel zum anderen Elternteil darlegen und sich weigern, zum sorgeberechtigten Elternteil zurückzukehren und ein Bedürfnis zur vorläufigen Entscheidung iSd § 49 Abs. 1 besteht.

## VII. Verfahrenshindernis bei mehreren identischen Verfahrensgegenständen

- 27 **1. Formelle und materielle Rechtskraft.** Wird in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen mehreren Beteiligten ein Antrag zum Erlass einer einstwAnO erneut gestellt, nachdem in einem früheren identischen Verfahren bereits über dieses Rechtsverhältnis entschieden wurde, so stellt sich die Frage, ob die Durchführung eines erneuten Verfahrens zulässig ist. Aus § 57 S. 1, 2 folgt, dass einstwAnO in **formeller Rechtskraft** erwachsen, wenn sie mit einem Rechtsbehelf generell nicht oder nicht mehr anfechtbar sind. Die formelle Rechtskraft kann jedoch mit dem Rechtsbehelf des § 54 durchbrochen werden. Dies beruht darauf, dass aufgrund des **summarischen Charakters** des Verfahrens der einstwAnO, dessen Entscheidung keine Bindungswirkung entfaltet, sämtliche tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen stets überprüft werden können. Eine Änderung der Sach- und Rechtslage ist jedoch nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit des Abänderungsantrags nach § 54, so dass auch die Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung – auch soweit nach § 57 das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig ist – in Betracht kommt (→ § 54 Rn. 6). Hieraus folgt auch, dass Entscheidungen der einstwAnO aufgrund der fehlenden Bestandskraft erst recht nicht materiell rechtskräftig werden.

Wird nach umfangreicher Anhörung und mündlicher Verhandlung über den Antrag auf Erlass einer einstwAnO entschieden, so ist ein Abänderungsverfahren nach § 54 nur dann zulässig, wenn ein neuer Sachvortrag mit geänderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen erfolgt. Ansonsten ist ein erneuter Antrag wegen des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Entsprechendes gilt im Falle der Erledigung des Verfahrens der einstwAnO im Wege des **Vergleichs** (grundlegend → § 54 Rn. 6).

- 28 **2. Fehlendes Rechtsschutzinteresse bei mehreren Anträgen.** Das **fehlende Rechtsschutzinteresse** steht auch der Einleitung eines weiteren Verfahrens der einstwAnO entgegen. Hierbei kann auch der Gesichtspunkt des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO sowohl in Verfahren, die von Amts wegen als auch in den sog. Antragsverfahren geltend gemacht werden. Voraussetzung ist allerdings, dass hinsichtlich der Personen (Beteiligten) und dem Verfahrensgegenstand Identität vorliegt, also denselben Regelungsbereich betreffen. Dies ist nicht schon dann gegeben, wenn in einer Kindschaftssache zunächst ein Antrag auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge gestellt und in einem weiteren gesonderten Verfahren die Zustimmung zur Erteilung eines Kinderausweises beantragt wird, weil insoweit unterschiedliche Verfahrensgeschwindigkeiten in Betracht kommen. Zwar betreffen beide Verfahren den (weiten) Bereich der elterlichen Sorge.

<sup>33</sup> Sa OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 1810.

<sup>34</sup> Sa OLG Nürnberg FamRZ 2010, 1679.

<sup>35</sup> Sa OLG Brandenburg FamRZ 2014, 784.