

Das Verfahren in Familiensachen

von

Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg, Dr. Christian Seiler, Walther Siede, Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg

10. Auflage

Das Verfahren in Familiensachen – Heintschel-Heinegg / Seiler / Siede / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Freiwillige Gerichtsbarkeit – Zivil- und Zivilverfahrensrecht allgemein – Zivilrecht – Referendarpraxis

Verlag Franz Vahlen München 2011

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4045 4

- Auch in Antragsverfahren ist eine Änderung oder Aufhebung von Amts wegen möglich, wenn eine Entscheidung ergangen ist, bevor alle nach dem Gesetz erforderlichen Anhörungen erfolgt sind.

Dies mag anhand folgenden Beispiels verdeutlicht werden: ist in einer Gewaltschutzsache wegen besonderer Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung und ohne Anhörung des Antragsgegners eine einstweilige Anordnung ergangen,⁶⁷⁴ hat das Gericht auf Antrag des Antragsgegners gem. § 54 II FamFG erneut aufgrund mündlicher Verhandlung zu entscheiden. Das Gericht kann aber auch von Amts wegen die Entscheidung überprüfen (§ 54 I 3 FamFG). Zwar kann ein Gewaltschutzverfahren in der Hauptsache nur auf Antrag eingeleitet werden (§§ 111 Nr. 6, 210, 23 FamFG, 1, 2 GewSchG). Dementsprechend kann auch eine Aufhebung oder Änderung der einstweiligen Anordnung nur auf Antrag des Antragsgegners erfolgen (§ 54 I 2 FamFG). Dies gilt aber nicht, wenn die Entscheidung ohne vorherige Durchführung einer nach dem FamFG erforderlichen Anhörung erlassen wurde. Ergibt die nachträgliche Anhörung des Antragsgegners, dass die einstweilige Anordnung zu Unrecht ergangen ist, kann sie deshalb das Gericht auch aufheben, wenn der Gegner dies nicht ausdrücklich beantragt hat. Dies kommt zum Beispiel dann in Betracht, wenn das Gericht nach der Anhörung des Antragsgegners nicht mehr davon ausgeht, dass die Schilderung der Antragstellerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zutreffend gewesen ist.

2. Anträge gem. § 54 II FamFG

Ein Antrag gem. § 54 II FamFG könnte anhand folgender **Checkliste** überprüft werden: 567

1. **Zuständigkeit:** Zuständig ist das Gericht, das die einstweilige Anordnung erlassen hat (§ 54 III FamFG). Hat es das Verfahren an ein anderes Gericht abgegeben oder verwiesen, ist dieses zuständig. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn die einstweilige Anordnung wegen besonderer Eilbedürftigkeit durch das gem. § 50 II FamFG zuständige Gericht erlassen wurde, oder aber, wenn nachträglich eine Ehesache anhängig geworden ist.⁶⁷⁵ In diesen Fällen ist das Gericht zuständig, an das das Verfahren der einstweiligen Anordnung abgegeben wurde. 568
2. **Statthaftigkeit:** Der Antrag ist statthaft gegen einstweilige Anordnungen in Familiensachen, die bereits ergangen und wirksam sind. Gegenstand der einstweiligen Anordnung muss mithin eine Familiensache gem. § 111 FamFG sein. Im Rahmen der Statthaftigkeit wird allerdings nur geprüft, ob die Ausgangsentscheidung eine einstweilige Anordnung eines Familiengerichts bildet, mag auch in Wirklichkeit keine Familiensache vorliegen. Die einstweilige Anordnung muss wirksam sein. In Familienstreitsachen werden Beschlüsse mit Bekanntgabe und Eintritt der formellen Rechtskraft wirksam (§§ 112, 113 I, 116 III 1 FamFG, 705 ZPO). Diese Voraussetzung tritt noch nicht ein, sobald die einstweilige Anordnung den Beteiligten zugestellt ist (§§ 112, 113 I FamFG, 329 III ZPO). Einstweilige Anordnungen in Familienstreitsachen sind zwar nicht anfechtbar (vgl. § 57 Nr. 1–5 FamFG). Sind sie ohne vorherige mündliche Verhandlung ergangen, stellt jedoch auch § 54 II FamFG einen Rechtsbehelf dar, der den Eintritt der formellen Rechtskraft hindert. Daher werden einstweilige Anordnungen in Familienstreitsachen, die ohne mündliche Verhandlung ergangen sind, nur wirksam, wenn die sofortige Wirksamkeit angeordnet wurde (§ 116 III 2 FamFG).⁶⁷⁶ In FG-Familiensachen werden einstweilige Anordnungen wirksam mit Bekanntgabe an die Beteiligten (§ 40 FamFG; Ausnahmen: §§ 40 II, III, 209, 216 FamFG). Handelt es sich um eine einstweilige Anordnung, durch die die Vollstreckung schon vor der Zustellung zugelassen wird (§ 53 II FamFG), wird die einstweilige Anordnung schon mit Erlass wirksam (§ 53 II 2 FamFG; häufig in Gewaltschutzsachen und Verfahren wegen Zuweisung der Ehemwohnung zum Zweck des Getrenntlebens wegen Gewalt des Partners). Schließlich ist Voraussetzung, dass die einstweilige Anordnung ohne mündliche Verhandlung ergangen ist. 569
Statthaft ist der Antrag gem. § 54 II FamFG schließlich auch, wenn in Antragsverfahren ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ohne mündliche Verhandlung **abgewiesen** wurde. 570

674 S. hierzu das Muster Rn. 554.

675 S.o. Rn. 511–514.

676 Str.; a.A. P/H/Helms § 116 Rn. 25.

4. Kapitel. Der vorläufige Rechtsschutz in Familiensachen

- 571 3. **Beschwer:** Den Antrag gem. § 54 II FamFG kann nur ein Beteiligter stellen, der durch die einstweilige Anordnung belastet oder beschwert ist. Insofern kann den Antrag auch eine Person stellen, die an dem Verfahren nicht beteiligt war, jedoch gem. § 7 FamFG zu beteiligen gewesen wäre.
- 572 4. **Form und Frist:** Der Antrag unterliegt keiner Frist. Die Form richtet sich in Familienstreitsachen nach §§ 112, 113 I FamFG, 129–130 ZPO, in FG-Familiensachen nach § 25 FamFG.
- 573 5. **Rechtsschutzbedürfnis:** Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, solange die einstweilige Anordnung wirksam ist und noch keine mündliche Verhandlung durchgeführt wurde. Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt schließlich auch durch die Einlegung einer Beschwerde (§ 54 IV FamFG).

Vorgenannte Grundsätze gelten entsprechend für Entscheidungen, durch die einstweilige Anordnungen ohne mündliche Verhandlung gem. § 54 I FamFG geändert wurden.

3. Anträge gem. § 54 I 2 FamFG

574 Ein Antrag gem. § 54 I 2 FamFG kann anhand folgender **Checkliste** überprüft werden:

- 575 1. **Zuständigkeit:** Hier gelten gegenüber dem Antrag gem. § 54 II FamFG keine Besonderheiten.
- 575 2. **Statthaftigkeit:** Es muss eine einstweilige Anordnung ergangen und wirksam geworden sein. Insofern gelten dieselben Grundsätze wie für den Antrag gem. § 54 II FamFG. Weiterhin muss Gegenstand der einstweiligen Anordnung ein Verfahren sein, das in der Hauptsache Antragsverfahren ist. Dies sind die Familienstreitsachen (§§ 112, 113 I FamFG i.V.m. dem Antragsgrundsatz der ZPO) sowie Verfahren gem. § 23 FamFG. Der Antrag ist auch statthaft gegen Entscheidungen, durch die der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückgewiesen wurde. Schließlich ist er auch statthaft gegen Entscheidungen, durch die eine einstweilige Anordnung gem. § 54 I, II FamFG geändert wurde.
- 576 3. **Frist und Form:** Der Antrag unterliegt keiner Frist. In Familienstreitsachen gelten für ihn die Formvorschriften gem. §§ 112, 113 I FamFG, 129–130 ZPO, in FG-Familiensachen gem. § 25 FamFG. Weiterhin ist darauf zu achten, dass der Antrag gem. § 51 I 2 FamFG zu begründen ist. Der Antragsteller hat also mitzuteilen, ob er die Rechtsanwendung des Gerichts rügen will oder ob er neue Tatsachen mitzuteilen hat. In diesem Fall ist der neue Tatsachenvortrag auch glaubhaft zu machen (§§ 112, 113 I FamFG, 294 ZPO in Familienstreitsachen bzw. § 31 FamFG in FG-Familiensachen).⁶⁷⁷
- 577 4. **Beteiligung und Beschwerde:** Den Antrag kann jeder Beteiligte stellen, der durch die einstweilige Anordnung belastet oder beschwert wird. Auch wenn eine Person nicht beteiligt wurde, jedoch zu beteiligen gewesen wäre (§ 7 FamFG) kann sie einen entsprechenden Antrag stellen.
- 578 5. **Rechtsschutzbedürfnis:** Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, solange die einstweilige Anordnung in Kraft ist und Wirkung entfaltet. Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt, wenn ein Beteiligter Beschwerde einlegt (§ 54 IV FamFG). Weiterhin entfällt es, wenn die einstweilige Anordnung ohne mündliche Verhandlung ergangen ist, sobald ein Beteiligter Antrag gem. § 54 II FamFG stellt.⁶⁷⁸ Ist die einstweilige Anordnung nach mündlicher Verhandlung ergangen, besteht ein Rechtsschutzbedürfnis schließlich nur, wenn der Antragsteller neue Tatsachen oder Beweismittel einführt.⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ Str.; dagegen P/H/Stöber § 54 Rn. 8; dafür SBW/Schwonberg § 54 Rn. 7; u.E. sprechen die besseren Gründe dafür, dass auch ein Antrag auf Änderung einer einstweiligen Anordnung zu begründen ist und die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Antrags glaubhaft zu machen sind. § 54 I FamFG enthält eine Regelung der Voraussetzungen für die Änderung einer im Verfahren der einstweiligen Anordnung ergangenen Entscheidung. Hierzu gehört u.a. für bestimmte Verfahren das Antragerfordernis. Welchen Inhalt und welche Form ein entsprechender Antrag haben muss, ist demgegenüber in § 54 I FamFG nicht geregelt. Insofern ist daher auf die allgemeine Vorschrift des § 51 I FamFG zurückzugreifen.

⁶⁷⁸ S.o. Rn. 565.

⁶⁷⁹ SBW/Schwonberg § 54 Rn. 7; OLG Karlsruhe FamRZ 1989, 642 für einen Antrag auf Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung nach Abänderung ohne mündliche Verhandlung.

4. Entscheidung

Das Gericht ist an die frühere Entscheidung nicht gebunden. Es hat umfassend und neu zu entscheiden. Es kann auch bei gleicher tatsächlicher Grundlage die Rechtslage anders als in der bisherigen Entscheidung beurteilen. Die Abänderung ist Modifikation der bisherigen Entscheidung.⁶⁸⁰ Ein in der Vollstreckung erworbener Rang geht also nicht verloren. Eine rückwirkende Änderung der einstweiligen Anordnung ist nicht möglich.⁶⁸¹

Hinsichtlich der Kosten ergeht eine umfassende Kostenentscheidung, die auch die bisher im Anordnungsverfahren entstandenen Kosten umfasst (§ 51 IV FamFG). Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das Ursprungsverfahren und das Änderungsverfahren eine Angelegenheit bilden (§ 16 Nr. 5 RVG).

VIII. Außerkrafttreten

Die einstweilige Anordnung ist nur eine vorläufige Regelung. Dementsprechend kann das Gericht bereits bei Erlass der einstweiligen Anordnung einen Zeitpunkt bestimmen, zu dem diese außer Kraft tritt (§ 56 I 1 FamFG). Dies kommt vor allem bei einstweiligen Anordnungen zur Regelung eines Rechtsverhältnisses in Betracht. Insoweit wird sich das Gericht daran orientieren, wann voraussichtlich das Regelungsbedürfnis entfällt.

Die einstweilige Anordnung tritt weiterhin dann außer Kraft, wenn eine anderweitige Regelung wirksam wird (§ 56 I 1 Alt. 2 FamFG). Dies muss eine Regelung in der Hauptsache sein; denn sobald eine Regelung in der Hauptsache wirksam wird, entfällt das Bedürfnis für eine vorläufige Regelung (Anordnungsgrund). Eine Änderung der einstweiligen Anordnung gem. § 54 FamFG reicht insoweit nicht aus, da auch dies nur eine vorläufige Regelung darstellt, die die bisherige Regelung modifiziert.⁶⁸²

Wann eine andere Regelung wirksam wird, richtet sich danach, ob es sich in der Hauptsache um eine Familienstreitsache oder eine FG-Familiensache handelt. Weiter ist darauf zu achten, ob die Familiensache isoliert geltend gemacht wird, oder ob es sich um eine Folgesache handelt (§ 137 FamFG).

Handelt es sich um eine isolierte FG-Familiensache, wird die Regelung in der Hauptsache mit Bekanntgabe an die Beteiligten, für die die Entscheidung bestimmt ist, wirksam (§ 40 FamFG). In diesen Fällen ist die Beschwerdefrist nicht abzuwarten, damit der Beschluss wirksam wird. Auch wenn Beschwerde eingelegt wird, ändert dies an der Wirksamkeit des Beschlusses zunächst nichts. Der Beschluss muss nur in den Fällen des § 40 II, III FamFG rechtskräftig werden. Weitere Ausnahmen gelten für das Verfahren wegen Haushalts- und Ehemohnungssachen (§ 209 II FamFG) sowie in Gewaltschutzsachen (§ 216 I FamFG).

Handelt es sich um eine isolierte Familienstreitsache, wird die Entscheidung mit Eintritt der Rechtskraft wirksam (§ 116 III 1 FamFG). Maßgeblich ist insoweit die formelle Rechtskraft (§§ 112, 113 I FamFG, 705 ZPO).⁶⁸³ Ordnet das Gericht die sofortige Wirksamkeit an (§ 116 III FamFG), führt dies dazu, dass aus dem Beschluss die Vollstreckung betrieben werden kann (§ 120 II FamFG). Die einstweilige Anordnung tritt auch in diesem Fall erst mit Eintritt der formellen Rechtskraft außer Kraft.⁶⁸⁴

Handelt es sich um eine Folgesache – egal ob FG-Familiensache oder Familienstreitsache – erlangt die Endentscheidung erst Wirksamkeit mit Rechtskraft der Scheidung (§ 148 FamFG).⁶⁸⁵

680 S.u. Rn. 676.

681 Zur Erstattung von überzahltem Unterhalt s.u. Rn. 625–631.

682 SBW/Schwonberg § 56 Rn. 5; a.A. Thomas/Putzo/Reichold § 56 FamFG Rn. 3.

683 Thomas/Putzo/Hüßtege § 116 FamFG Rn. 4–6.

684 P/H/Stößer § 56 Rn. 3.

685 Der Wortlaut des § 56 I FamFG beschränkt sich zwar nur auf Familienstreitsachen. Dies dürfte aber zu eng sein, da gem. § 148 FamFG abweichend von § 40 FamFG auch in FG-Folgesachen die Entscheidung erst mit Rechtskraft des Scheidungsausspruchs wirksam wird.

4. Kapitel. Der vorläufige Rechtsschutz in Familiensachen

- 585 Unter einer »anderweitigen Regelung« (§ 56 I FamFG) ist jede abschließende Endentscheidung über den Anordnungsanspruch zu verstehen. Die Entscheidung muss selbst keine Regelung zum Gegenstand haben. Unter einer anderweitigen Regelung sind daher auch Endentscheidungen zu verstehen, durch die festgestellt wird, dass dem Anordnungsgläubiger kein Anspruch zusteht. Weiterhin sind auch verpflichtende Entscheidungen anderweitige Regelungen.
- 586 Schließlich tritt in Antragsverfahren (FG-Familiensachen gem. § 23 FamFG sowie Familienstreitsachen) die einstweilige Anordnung außer Kraft, wenn aus verfahrensrechtlichen Gründen davon auszugehen ist, dass in der Hauptsache keine positive Entscheidung über den Antrag mehr ergehen wird. Dies ist der Fall, wenn der Antrag in der Hauptsache zurückgenommen wird, der Antrag in der Hauptsache rechtskräftig abgewiesen wird, die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt wird oder die Erledigung der Hauptsache aus anderen Gründen eingetreten ist (§ 56 II FamFG). Ist die Familiensache im Verbund geltend gemacht und wird der Scheidungsantrag abgewiesen, kann der Antragsteller vermeiden, dass die Folgesache gegenstandslos wird (und deshalb die einstweilige Anordnung außer Kraft tritt) indem er beantragt, dass die Folgesache als selbständige Familiensache fortgeführt wird (§ 142 II FamFG). Dies kommt insbesondere hinsichtlich des Antrags auf Übertragung der elterlichen Sorge gem. § 1671 BGB in Betracht, aber auch hinsichtlich Unterhaltsverfahren für ein gemeinschaftliches Kind.

IX. Vollstreckung

- 587 Die Vollstreckung aus einer einstweiligen Anordnung erfolgt grundsätzlich nach denselben Grundsätzen, die auch für das Hauptsacheverfahren gelten. Die einstweilige Anordnung ist ein Titel, aus dem die Vollstreckung betrieben werden kann (§§ 86 I Nr. 1, 120 II FamFG).

Eine Ausnahme vom Erfordernis der Zustellung kennt § 53 II FamFG. Demnach kann das Gericht, wenn hierfür ein besonderes Bedürfnis besteht, anordnen, dass die Vollstreckung schon vor Zustellung der einstweiligen Anordnung an den Schuldner erfolgen kann. Neben Gewaltschutzverfahren hat diese Bestimmung vor allem Bedeutung, wenn die Herausgabe eines Kindes vollstreckt werden soll, und eine Entführung des Kindes bei vorheriger Zustellung der Anordnung droht.

Insbesondere, wenn ein Beteiligter Abänderung oder Aufhebung der einstweiligen Anordnung beantragt (§ 54 I, II FamFG),⁶⁸⁶ kann das Gericht die Vollstreckung aus der einstweiligen Anordnung vorläufig aussetzen oder beschränken (§ 55 FamFG). Wird die Vollstreckung vorläufig eingestellt, berührt dies die Wirksamkeit bereits erfolgter Vollstreckungsmaßnahmen grundsätzlich nicht (§ 775 Nr. 2 ZPO), hindert aber die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung. Der Rang bleibt also dem Gläubiger erhalten.

X. Schadensersatzansprüche

- 588 In Familienstreitsachen haftet der Anordnungsgläubiger verschuldensunabhängig auf Schadensersatz, wenn die einstweilige Anordnung aufgehoben wird (§§ 119 I 2 FamFG, 945 ZPO). Dies gilt allerdings nicht in Unterhaltssachen, da hier der Gläubiger regelmäßig darauf angewiesen ist, den Unterhalt für seinen Lebensbedarf zu verbrauchen (§ 119 I 2 FamFG: Unterhaltssachen gem. § 112 Nr. 1 FamFG sind hier ausdrücklich nicht genannt).

XI. Examenswichtige Besonderheiten einzelner Arten von Familiensachen

1. Einstweilige Anordnung in Kindschaftssachen

- 589 In Kindschaftssachen (§ 151 FamFG) sind die Sondervorschriften der §§ 155 bis 157 FamFG zu beachten.

⁶⁸⁶ S. hierzu Rn. 563–579.

Demnach gelten folgende Grundsätze:

- **Beschleunigungsgrundsatz** (§ 155 I, II 4 FamFG): Verfahren, die den Aufenthalt des Kindes, den Umgang oder die Herausgabe des Kindes betreffen sowie Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls sind vorrangig und beschleunigt durchzuführen. Der Erörterungstermin »soll« (d.h. muss, soweit keine besonderen Ausnahmen vorliegen) innerhalb eines Monats ab Beginn des Verfahrens stattfinden.
- **Mündlichkeit** (§§ 155 II, 156 III, 157 I FamFG): Das Familiengericht hat in Verfahren, die den Aufenthalt des Kindes, den Umgang oder die Herausgabe des Kindes betreffen sowie in Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls bereits nach einem Monat mit den Beteiligten die Sache zu erörtern.⁶⁸⁷
- **kein regelungsloser Zustand**: Kann in dem frühen Termin zur Erörterung keine abschließende Regelung getroffen werden, soll der Zustand, bis durch das Gericht eine Endentscheidung in der Hauptsache ergehen kann, durch einstweilige Anordnung geregelt werden (§§ 156 III, 157 III FamFG⁶⁸⁸). Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn das Gericht die Teilnahme an einer Beratung anordnet (§§ 156 I, III FamFG, oder wenn ein Sachverständigengutachten erforderlich erscheint (§ 156 III FamFG, gilt aber auch für § 157 FamFG). Streiten die Eltern anlässlich der Trennung über die elterliche Sorge und Herausgabe bezüglich eines gemeinschaftlichen Kindes, könnte eine einstweilige Anordnung aussehen wie folgt:

Muster einer einstweiligen Anordnung für Teilbereiche der elterlichen Sorge

590

Amtsgericht Viechtach
Familiengericht
2 F 524/10

In dem Verfahren
Brigitte Roth
Mönchshofstr. 10
94234 Viechtach
Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwältin Christa Heilmann, Mönchshofstr. 20, 94234 Viechtach

gegen

Franz Roth
Domplatz 1
93047 Regensburg
Antragsgegner

weitere Beteiligte:
Kind: Susanne Roth, geb. 04.05. 2004, wohnhaft bei der Antragstellerin

Verfahrensbeistand: Frau Serena Sorgenvoll, Gnadenweg 5, 92234, Neukirchen b. Hl. Blut

erlässt das Amtsgericht – Familiengericht- Viechtach nach Anhörung der Beteiligten am 04.06. 2010 nachfolgende einstweilige Anordnung:

1. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Tochter Susanne Roth, geb. 04.05. 2004 wird auf die Antragstellerin übertragen.
2. Das Recht der Entscheidung in schulischen Angelegenheiten für die Tochter Susanne Roth, geb. 04.05. 2004 wird auf die Antragstellerin übertragen.
3. Von der Erhebung von Kosten wird abgesehen.
4. Der Gegenstandswert wird auf 1.500 € festgesetzt.

⁶⁸⁷ Diese Verfahrensweise ist an das »Cochemer Modell« angelehnt; vgl. hierzu *Rudolph* Du bist mein Kind, Berlin 2007 und BT-Drucks. 16/6308, S. 523 ff.

⁶⁸⁸ Hier ist ggf. auch schon vorher zu prüfen, ob eine einstweilige Anordnung erlassen werden soll. Da bei dringender Gefahr für das Kind dieses in Obhut genommen werden kann (§ 42 SGB VIII), wird allerdings nur selten die Notwendigkeit für den Erlass einer einstweiligen Anordnung vor dem Erörterungstermin bestehen.

4. Kapitel. Der vorläufige Rechtsschutz in Familiensachen

Gründe

I.

Zwischen den in verschiedenen Wohnungen getrennt lebenden Eltern ist beim AG Familiengericht Viechtach unter Az. 2 F 845/09 ein Scheidungsverfahren sowie als Folgesache die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Antragstellerin anhängig. Die gemeinschaftliche Tochter lebt seit der Trennung ihrer Eltern im Jahr 2008 bei der Mutter. Die Eltern können sich derzeit über den Aufenthalt der Tochter nicht mehr einigen. Dementsprechend sind sie sich auch nicht darüber einig, welche Schule die Tochter ab September 2010 besuchen soll. Die Mutter hat daher die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und des Rechts, schulische Angelegenheiten zu besorgen hinsichtlich der gemeinschaftlichen Tochter Susanne auf sich beantragt. Dem ist der Vater entgegengetreten. Anlässlich der Anhörung der Beteiligten am 04.06. 2010 im Scheidungsverfahren konnten diese kein Einvernehmen erzielen.

Die Mutter des betroffenen Kindes sowie der Verfahrensbeistand haben daher beantragt, diese Fragen durch einstweilige Anordnung zu regeln und der Mutter die Entscheidung allein zu übertragen.

II.

Der Erlass der einstweiligen Anordnung ist zulässig. Das Amtsgericht-Familiengericht-Viechtach ist gem. §§ 51 I, 111 Nr. 2, 151 Nr. 1 FamFG, 23a I Nr. 1 GVG sachlich und gem. § 152 I FamFG örtlich zuständig. Die Antragstellerin hat gem. §§ 1671 I BGB, 51 I, 23 FamFG die Übertragung der im Beschlusstenor genannten Teilbereiche der elterlichen Sorge auf sich beantragt. Die Mutter sowie der Verfahrensbeistand haben gem. §§ 51 I, 156 III FamFG eine Entscheidung durch einstweilige Anordnung beantragt. Das Gericht hat die Beteiligten sowie das Jugendamt gehört.

Der Antrag ist begründet (§§ 49, 156 FamFG).

L Die Mutter ist für die o.g. Aufgabenkreise der elterlichen Sorge gem. § 1671 II Nr. 2 BGB die alleinige Entscheidung zu übertragen. Die Aufhebung der gemeinsamen Sorge hinsichtlich der Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes und des Schulbesuches entspricht dem Wohl des Kindes. Die Eltern können sich über diese Punkte nicht einigen. Von der Mutter ist zu erwarten, dass diese das Kind in der Grundschule Viechtach anmelden wird. Dies entspricht besser dem Kindeswohl. Das Kind hat den Wunsch geäußert, in Viechtach zur Schule zu gehen. Einen Umzug zum Vater, den es seit der Trennung nur dreimal gesehen hat, lehnt es ab. Aus dem Bericht des Verfahrensbeistandes ist zu entnehmen, dass die Tochter Susanne im Haushalt der Mutter gut versorgt wird und dass Susanne in Viechtach Anschluss an gleichaltrige Kinder gefunden hat. Schließlich hat der Vater nicht plausibel darlegen können, wie er die Versorgung des Kindes außerhalb der Schulzeiten sicher stellen will.¹

Es besteht ein Anordnungsgrund. Die gemeinsame Tochter der Beteiligten ist zur Schule anzumelden. Das neue Schuljahr beginnt im September. Die Anmeldefrist ist schon im März 2010 abgelaufen. Sie konnte für die Tochter Susanne Roth nicht eingehalten werden, weil sich die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern über den Schulbesuch nicht einigen konnten.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 51 IV, 81 I 2 FamFG.

Die Festsetzung des Verfahrenswertes beruht auf §§ 45 I Nr. 1, 41 FamGKG.²

Rechtsbehelfsbelehrung (§§ 51 III, 39 FamFG): Hinsichtlich der Hauptsache: Beschwerde, die innerhalb von zwei Wochen einzulegen ist (§§ 57 Nr. 1, 58 I, 63 II Nr. 1 FamFG; hinsichtlich der Festsetzung des Verfahrenswertes: Beschwerde gem. § 59 FamGKG).

Unterschrift

Erläuterungen:

1) Diese Ausführungen betreffen den Anordnungsanspruch.

2) Für die Klausur wird in der Regel ausreichen, wenn das statthafte Rechtsmittel sowie die Frist, innerhalb derer das Rechtsmittel einzulegen ist, angegeben werden.

2. Einstweilige Anordnung in Ehewohnungs- und Haushaltssachen

Einstweilige Anordnungen in Ehewohnungssachen kommen vor allem in Betracht, wenn die Nutzung der Ehewohnung während oder zum Zweck des Getrenntlebens geregelt werden soll (§ 1361b BGB). Die Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung können anhand folgender Checkliste geprüft werden:

- **Zuständigkeit:** Hier gelten die allgemeinen Regeln.⁶⁸⁹
- **Antrag:** Die Zuweisung der Ehewohnung zum Zweck des Getrenntlebens kann nur auf Antrag erfolgen (§§ 203 I, 23 I, 51 I FamFG). Der Antrag hat die Ehewohnung genau zu bezeichnen sowie die Angabe zu enthalten, ob Kinder im Haushalt der Eltern leben (§ 203 III FamFG). Im Übrigen ist er zu begründen und die Voraussetzungen der Anordnung sind glaubhaft zu machen (§ 51 I FamFG).
- **Beteiligung:** Neben dem Antragsteller (§§ 51 I, 7 I FamFG) ist der Antragsgegner als Beteiligter hinzuzuziehen (§§ 51 II, 7 II FamFG⁶⁹⁰). Auf Antrag ist das Jugendamt zu beteiligen, wenn Kinder im Haushalt der Ehegatten leben (§ 204 II FamFG).⁶⁹¹
- **mündliche Verhandlung:** Gem. § 207 FamFG soll das Gericht aufgrund mündlicher Erörterung der Sache mit den Beteiligten entscheiden. Gem. § 51 II 2 FamFG kann das Gericht die einstweilige Anordnung auch ohne mündliche Verhandlung erlassen. Dies wird insbesondere dann in Betracht kommen, wenn die Zuweisung der Ehewohnung wegen Gewalt des Antragsgegners beantragt wird. In der Regel wird aber auch dann das Jugendamt vorher anzuhören sein (§ 205 I FamFG).
- **Gegenantrag:** Grundsätzlich sind im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes Gegenanträge nicht zulässig.⁶⁹² Ist allerdings der Antragsteller hinsichtlich der Ehewohnung nicht allein dinglich berechtigt bzw. steht ihm aufgrund Mietvertrages nicht allein die Nutzung der Wohnung zu, kann der Antragsgegner (ggf. auch hilfsweise) einen Gegenantrag stellen, dass gleichzeitig mit der einstweiligen Anordnung eine Nutzungsvergütung festgesetzt wird, die der Antragsteller dem Antragsgegner für die Dauer zu entrichten hat, während derer diesem die alleinige Nutzung der Ehewohnung zugewiesen wird.⁶⁹³

Hinsichtlich der Begründetheit sind folgende Besonderheiten zu beachten:

- Der **Anordnungsanspruch** ergibt sich aus § 1361b I und II BGB. Hierbei ist eine umfassende Billigkeitsprüfung vorzunehmen. Demnach reicht der Wille des Antragstellers, vom Antragsgegner getrennt zu leben, i.d.R. nicht aus, dass ihm die gesamte Wohnung für die Dauer des Getrenntlebens zugewiesen werden kann. Demgegenüber besteht ein Anspruch auf Zuweisung der gesamten Ehewohnung zum Zweck des Getrenntlebens, wenn der Antragsgegner den Antragsteller vorsätzlich und widerrechtlich verletzt oder in der Freiheit beschränkt hat (§ 1361b II BGB). Entsprechendes gilt, wenn das Wohl von Kindern durch dauerhafte Spannungen der Ehegatten beeinträchtigt wird⁶⁹⁴ oder wenn der Antragsgegner gegenüber im Haushalt lebenden Kindern gewalttätig geworden ist (vgl. §§ 1361b I 2, 1666a I BGB).
- Ein **Anordnungsgrund** ist gegeben, wenn dem Antragsteller ein Zuwarten, bis in der Hauptsache eine endgültige Entscheidung ergeht, nicht zuzumuten ist. Auch dies kommt in erster Linie in Betracht, wenn der Antragsgegner den Antragsteller vorsätzlich und widerrechtlich an Körper oder Gesundheit verletzt hat oder in seiner Freiheit beeinträchtigt hat, oder wenn von dem Verhalten des Antragsgegners eine Gefährdung für das Kindeswohl von im Haushalt

689 S.o. Rn. 511–514.

690 *Bruns NJW* 2009, 2797.

691 Eine Beteiligung des Vermieters oder sonst dinglich Berechtigten an der Wohnung ist demgegenüber regelmäßig nicht erforderlich, da durch die einstweilige Anordnung die Benutzung der Ehewohnung nur intern vorläufig geregelt wird, ohne dass dies Auswirkungen auf die bestehenden Rechtsverhältnisse zu Dritten, insbesondere einen Mietvertrag hätte; dementsprechend sieht auch § 204 I FamFG die Beteiligung des Vermieters nur vor, wenn es um die endgültige Überlassung der Wohnung anlässlich der Scheidung geht, insbesondere wenn ein Ehegatte ein bisher bestehendes Mietverhältnis allein fortführen soll oder in ein Mietverhältnis, das bisher zwischen dem anderen Ehegatten und dem Vermieter bestand, eintreten soll (§ 1568a III BGB).

692 S.o. Rn. 431.

693 *SBW/Schwonberg* § 49 Rn. 50.

694 *AG Tempelhof FamRZ* 2003, 532.

4. Kapitel. Der vorläufige Rechtsschutz in Familiensachen

lebenden Kindern ausgeht, die so schwerwiegend ist, dass eine Endentscheidung in der Hauptsache nicht abgewartet werden kann.

- 594 • **Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache:** Gem. § 49 FamFG gilt für die einstweilige Anordnung zwar das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache. In schwerwiegenden Fällen der Kindeswohlgefährdung und der Partnerschaftsgewalt kann gleichwohl auch durch einstweilige Anordnung dem Antragsteller für die Dauer des Getrenntlebens die Ehwohnung zur alleinigen Nutzung zugewiesen werden, mag auch im Ergebnis meist die Hauptsache hierdurch entschieden sein.⁶⁹⁵
- 595 • **Durchführung der einstweiligen Anordnung:** Der Antragsteller hat weiterhin einen Anspruch, dass das Gericht auch die zur Durchführung der einstweiligen Anordnung erforderlichen Anordnungen erlässt (§ 49 II 3 FamFG). Insbesondere, wenn der Antragsgegner die Ehwohnung noch nicht verlassen hat, kann diesem daher aufgegeben werden, die Wohnung unter Mitnahme seiner persönlichen Habe zu verlassen.⁶⁹⁶ Ohne diese Anordnung hätte die einstweilige Anordnung keinen vollstreckungsfähigen Inhalt.
- 596 • **Schutzanordnungen:** Der Anspruch auf Schutzanordnungen ergibt sich aus § 1361b III BGB. Diese sind darauf gerichtet, dass der Antragsgegner alle Handlungen zu unterlassen hat, die die Nutzung der Ehwohnung erschweren könnten. Es kann daher z.B. insbesondere angeordnet werden, dass es der Antragsgegner zu unterlassen hat, die Wohnung zu betreten oder sich der Wohnung bis auf eine gewisse Distanz zu nähern. Es können aber auch Handlungen untersagt werden, die darauf abzielen, die weitere Nutzung der Wohnung rechtlich unmöglich zu machen. Daher kann z.B. dem Antragsgegner, der Alleinmieter der Wohnung ist, untersagt werden, das Mietverhältnis vor Rechtskraft der Scheidung zu kündigen.
- 597 • **Nutzungsentschädigung:** Der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung ergibt sich aus § 1361b III 2 BGB. In dem (häufigen) Fall, dass beide Ehegatten Mitmieter der Wohnung sind oder dass der Antragsgegner Alleinmieter der Ehwohnung ist, kann dieser als »minus« einer Nutzungsentschädigung auch einen Anspruch auf Freistellung von der Verpflichtung, Mietzins zu zahlen, geltend machen.⁶⁹⁷

beck-shop.de

3. Einstweilige Anordnung in Gewaltschutzsachen

- 598 In Gewaltschutzsachen werden die allgemeinen für die einstweilige Anordnung geltenden Regeln durch § 214 FamFG modifiziert. Die Regelung wirkt sich bei folgenden Aspekten aus:
- 599 • **Zulässigkeit:** Bereits aus §§ 51 I FamFG i.V.m. §§ 23 I FamFG, 1, 2 GewSchG ergibt sich, dass einstweilige Anordnungen in Gewaltschutzsachen nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag ergehen dürfen. § 214 I FamFG wiederholt und betont diesen Grundsatz noch einmal, indem dort ausgeführt wird, dass eine vorläufige Regelung (nur) **auf Antrag** ergehen darf. Dieser ist gem. § 51 I FamFG zu begründen und es sind die tatsächlichen Voraussetzungen glaubhaft zu machen.
Die Beteiligung bzw. Anhörung des Jugendamtes hat gem. §§ 212, 213 FamFG zu erfolgen, wenn der Antragsteller die Zuweisung der gemeinschaftlichen Wohnung zur Nutzung beantragt und zum Haushalt Kinder gehören. Geht es dagegen nur um Schutzmaßnahmen gem. § 1 GewSchG ist die Beteiligung bzw. Anhörung des Jugendamtes nicht zwingend vorgeschrieben.
- 600 • **Begründetheit:** Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund gegeben sind. Anordnungsanspruch für Maßnahmen gem. § 1 GewSchG ist § 1004 BGB i.V.m. § 1 GewSchG, für die Zuweisung der gemeinschaftlichen Wohnung der Beteiligten § 2 GewSchG.
Ein Anordnungsgrund besteht, wenn aufgrund besonderer Dringlichkeit die Entscheidung in der Hauptsache nicht abgewartet werden kann (§ 49 I FamFG). Dies wird gem. § 214 I 2 FamFG vermutet, wenn eine Tat gem. § 1 GewSchG begangen wurde oder aufgrund konkreter Umstände mit der Begehung einer solchen Tat zu rechnen ist.

⁶⁹⁵ SBW/Schwonberg § 49 Rn. 7.

⁶⁹⁶ Nicht zu räumen!, da in diesem Fall sämtliche in der Ehwohnung befindlichen Gegenstände durch den Antragsgegner zu entfernen wären.

⁶⁹⁷ FA-FamR/Klein Rn. 8.299; zur (str.) Frage, ob der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung auch einem Ehegatten zusteht, der (nur) (Mit-)Mieter ist, vgl. Palandt/Brudermüller § 1361b Rn. 20 m.w.N.