

Famliengerichtliches Verfahren: FamFG 1. + 2. Buch

1. und 2. Buch

von

Prof. em. Dr. Hans-Joachim Musielak, Helmut Borth, Dr. Mathias Grandel

5. Auflage

Verlag Franz Vahlen München 2015

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4949 5

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

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

Regelungen bestimmt (s. hierzu § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB; zu den weiteren Fragen bei Genehmigung eines Rechtsgeschäfts → § 41 Abs. 3 Rn. 9).

Die Vorschrift betrifft die privatrechtlichen Rechtsgeschäfte, die ein Vormund, Pfleger oder Betreuer vornehmen (§§ 112; 1411 Abs. 1, 2; 1484 Abs. 2; 1491 Abs. 3; 1492 Abs. 3; 1596 Abs. 1; 1643, 1644; 1809; 1812 Abs. 2, 3; 1814; 1819–1822; 1824; 1908; 1908i; 2275; 2282 Abs. 2; 2290 Abs.; 2347; 2351 BGB). Soweit ein gerichtlicher Vergleich geschlossen wird, der entsprechend der gerichtlichen Genehmigung unterliegt, sind die dargelegten Grundsätze entsprechend zu berücksichtigen.

Wird die Genehmigung vor dem endgültigen Abschluss des einseitigen oder mehrseitigen Rechtsgeschäfts erteilt und ist die Genehmigung gegenüber allen Beteiligten nach § 40 Abs. 2 und auch dem Dritten wirksam (bei einseitigen Geschäften s. aber § 1831 S. 2BGB), kann das Gericht seine Entscheidung nicht mehr ändern, weil dies nur bis zur verbindlichen Vornahme möglich ist.²³ Wird dagegen das Rechtsgeschäft vor einer Genehmigung abgeschlossen und erst danach die Genehmigung erteilt oder verweigert, greift Abs. 3 nicht ein, solange nicht der gesetzliche Vertreter diese an den Geschäftspartner gemäß § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB mitgeteilt hat. Dies folgt aus dem Regelungszweck dieser Vorschrift, die Rechtsstellung des Geschäftspartners zu verbessern, dessen Vertrauen auf die Wirksamkeit einer erteilten Genehmigung geschützt werden soll. Diese Rechtsfolgen treten nur ein, wenn die Mitteilung durch den gesetzlichen Vertreter erfolgt (s. Wortlaut § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB), dagegen nicht im Fall der Mitteilung durch das Gericht, weil dieses nicht in Vertretung des Mündels handelt.²⁴

VIII. Rechtsanwaltsgebühren

Für das Abänderungsverfahren erhält der Anwalt die Gebühren der Nr. 3100 ff. VV RVG. Auch für das Wiederaufnahmeverfahren fallen die Gebühren der Nr. 3100 ff. VV RVG an. Bei Verfahren vor dem Rechtsmittelgericht sind die Nummern 3200 ff. und 3206 ff. VV RVG anwendbar.

²³ S. hierzu BayObLG FamRZ 1991, 1076.

²⁴ S. hierzu BayObLG BeckRS 1995, 30922198 = FamRZ 1995, 242 [LS].

Abschnitt 4. Einstweilige Anordnung

Vorbemerkung

I. Überblick zur Neuregelung des einstweiligen Rechtsschutzes

- 1 Das FamFG regelt das Recht des einstweiligen Rechtsschutzes völlig neu, so dass Entscheidungen hierzu eine wesentlich bedeutsamere Rolle in Familiensachen einnehmen. Das ergibt sich aus folgenden Änderungen:
- Anders als in den §§ 127a, 620 ff., 621f, 621g, 644, ZPO aF verlangen die neuen Bestimmungen nicht mehr, dass die Anhängigkeit einer gleichartigen Hauptsache bzw. eines entsprechenden Verfahrenshilfesuches oder eine Ehesache Zulässigkeitsvoraussetzung ist.
 - Nach § 51 Abs. 3 ist damit das Verfahren der einstwAnO selbst dann ein **selbständiges Verfahren**, wenn gleichzeitig das Hauptsacheverfahren anhängig ist. Die verfahrensmäßige Trennung entspricht damit der Rechtslage bei Arrest bzw. einstweiliger Verfügung nach den §§ 916 ff., 935 ff. ZPO.
 - Das FamFG verzichtet in Bezug auf Familiensachen auf die **numerische Aufzählung der einzelnen Regelungsbereiche** entsprechend der Definition der Familiensachen in § 111 Nr. 1–11 und trifft neben den grundlegenden Regelungen der §§ 48–57 nur an einzelnen Stellen des Buches 2 (Verfahren in Familiensachen) besondere Regelungen; dies erfolgt in § 214 zu Gewaltschutzsachen und in den §§ 246–248 in Unterhaltssachen. In einer Ehesache kann wegen der Selbständigkeit des Verfahrens der einstwAnO kein Antrag auf Erlass einer einstwAnO gestellt werden. Eine mit §§ 620 ff. ZPO aF vergleichbare Regelung besteht deshalb nicht.
 - In Bezug auf das **Verhältnis zur Hauptsache** ist zu unterscheiden:
 - (1) In **amtswegigen Verfahren** prüft das Gericht, ob die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens von Amts wegen geboten ist. Auf Antrag eines Beteiligten ist dies nach § 52 Abs. 1 einzuleiten.
 - (2) In **Antragsverfahren** kann der betroffene Antragsgegner nach § 52 Abs. 2 beantragen, dass dem Beteiligten, der die einstweilige Anordnung erwirkt hat, unter Fristsetzung aufgegeben wird, einen Antrag zur Hauptsache zu stellen. Dies entspricht § 926 ZPO.
 - § 49 Abs. 1, 2 regelt die Voraussetzungen einer Sicherungs- bzw. Verfügungsverfügung entsprechend §§ 935, 940 ZPO. Sie ist nur zulässig, wenn ein **dringendes Bedürfnis** für ein sofortiges Tätigwerden besteht.
 - Das **Außerkräfttreten** ist in § 56 geregelt; diese Bestimmung übernimmt die Regelung des § 620f ZPO aF.
 - Rechtsmittel sind nach § 57 S. 2 grundsätzlich nicht zulässig, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs aufgrund mündlicher Erörterung entschieden oder den Ausschluss des Umgangs mit einem Elternteil angeordnet hat.
 - Zum **Unterhalt** und zum **Verfahrenskostenvorschuss** nach §§ 1360, 1360a BGB greift § 246 ein. In Abgrenzung zu § 49 handelt es sich dort um eine **Leistungsverfügung**. Hieraus ergibt sich, dass das nach § 49 **erforderliche dringende Bedürfnis** für ein sofortiges Tätigwerden nicht verlangt wird. Voraussetzung ist aber ein Regelungsbedürfnis;¹ ein Handlungsermessen besteht für das Familiengericht nicht.² Ferner ist der Unterhalt in zeitlicher Hinsicht unbegrenzt und der Höhe nach entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen zuzusprechen.
 - In **Gewaltschutzsachen** sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen in § 214 im Verhältnis zu § 49 Abs. 1 **verschärft**, indem bereits eine Tat i. S. von § 1 GewSchG begangen worden sein muss oder aufgrund konkreter Umstände mit einer solchen zu rechnen ist.
 - Auch in **Familienstreitsachen** i. S. des § 112 ist der einstweilige Rechtsschutz grundsätzlich nur in Form der einstweiligen Anordnung gem. §§ 49 ff. zulässig; dies bestimmt § 119 Abs. 1. § 119 Abs. 2 lässt in Familienstreitsachen jedoch den Arrest zu; insoweit wird auf die §§ 916–934 ZPO sowie §§ 943–945 ZPO verwiesen. Dagegen scheidet die einstweilige Verfügung nach den §§ 916, 935, 940 ZPO aus.

II. Begründung der strukturellen Änderung des einstweiligen Rechtsschutzes

- 2 In der Gesetzesbegründung³ wird durch die verfahrensmäßige Verselbständigung eine Stärkung des Instituts der einstwAnO erwartet. Durch die Verbindung des einfach strukturierten Verfahrens und dem hierin liegenden Beschleunigungseffekt soll auch die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens möglichst vermieden und in Bezug auf die Umgangsbeurteilung mit einem Kind eine schnelle Regelung streitiger

¹ OLG Stuttgart FamRZ 2000, 965.

² Zoller/Phillipi, ZPO 27. Aufl. § 620 Rn. 4; Musielak/Borth ZPO-Ktr, 6. Aufl., § 620 Rn. 5.

³ S. BT-Drucks. 16/6308 S. 199.

Auseinandersetzungen erreicht werden. Ferner sieht die Gesetzesbegründung in der Einführung als selbstständiges Verfahren keine Verringerung des Rechtsschutzes, weil in Antragsverfahren es den Beteiligten frei stehe, neben der einstwAnO auch das Hauptsacheverfahren einzuleiten. Zudem kann durch den Antrag eines Betroffenen nach § 52 Abs. 2, das Hauptsacheverfahren innerhalb einer kurzen Frist einzuleiten, eine Prüfung der Richtigkeit der einstwAnO erfolgen. In Verfahren von Amts wegen hat das Gericht zu prüfen, ob die vorläufige Regelung abzuändern ist, ohne dass ein erheblicher Verfahrensaufwand entsteht.⁴ Ferner sind die Feststellungen im einstweiligen Rechtsschutz regelmäßig auch in der Hauptsache zu verwenden; hierauf nimmt auch § 51 Abs. 3 Bezug, der die Verwendung einzelner Verfahrenshandlungen in der Hauptsache ausdrücklich regelt.

§ 49 Einstweilige Anordnung

(1) **Das Gericht kann durch einstweilige Anordnung eine vorläufige Maßnahme treffen, soweit dies nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften gerechtfertigt ist und ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht.**

(2) ¹**Die Maßnahme kann einen bestehenden Zustand sichern oder vorläufig regeln.** ²**Einem Beteiligten kann eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Verfügung über einen Gegenstand untersagt werden.** ³**Das Gericht kann mit der einstweiligen Anordnung auch die zu ihrer Durchführung erforderlichen Anordnungen treffen.**

I. Normzweck

Die Vorschrift regelt die Grundlagen der einstwAnO. Sie stellt innerhalb des FamFG die grundlegende ¹ Bestimmung zum einstweiligen Rechtsschutz in den Verfahren des FamFG dar. In ihrem Regelungsgehalt verbindet sie die in den §§ 127a, 620 ff. 621f, 621g, 644 ZPO aF geregelten Verfahrensgegenstände und das im bisherigen Recht in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannte **Institut der vorläufigen Anordnung**, so dass das Konkurrenzverhältnis zwischen den einstwAnO nach §§ 620 Nr. 1–3, 621g ZPO aF entfallen ist. Sie umschreibt die Voraussetzungen, unter denen eine vorläufige Maßnahme getroffen werden kann und gibt ferner einen – allerdings weiten – Handlungsrahmen, innerhalb dessen das Gericht eine Maßnahme anordnen kann.

II. Anwendungsbereich

Die Vorschrift gilt grundsätzlich in allen Regelungsbereichen des FamFG. Sie regelt allerdings lediglich ² die Voraussetzungen einer Sicherungs- bzw. Verfügungsverfügung. Damit gilt wie im Fall der einstw. Vfö. das **Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache**. Entsprechend sehen die §§ 246–248 zur Regelung des einstweiligen **Rechtsschutzes in Unterhaltssachen** die Möglichkeit einer Leistungsverfügung vor, um dem Unterhaltsberechtigten den zu seiner Existenz erforderlichen Unterhalt umgehend zu gewähren. In Kindschaftssachen steht die Regelung des § 49 Abs. 1 aufgrund des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache im gewissen Widerspruch zur Notwendigkeit, insbesondere die Frage des Aufenthalts des Kindes und die Umgangsbezugnis mit einem Kind aufgrund des Vorrang- und Beschleunigungsgebotes gemäß § 155 Abs. 1 zu regeln, wenn eine Einigung zwischen den Beteiligten zur Hauptsache nicht im ersten Termin zu erreichen ist. Immerhin sieht § 156 Abs. 3 in diesem Fall vor, dass das Familiengericht den Erlass einer einstwAnO zu erörtern hat.

Nach § 119 Abs. 1 gelten die §§ 49 ff. **auch in Familienstreitsachen** nach § 112. Nach § 119 Abs. 2 ist der **Arrest** nach den §§ 916 ff. zulässig; im Übrigen sind die §§ 916–934, 943–945 entsprechend anwendbar. § 945 ZPO, der die Grundsätze eines Schadensersatzanspruches im Falle eines nicht gerechtfertigten einstweiligen Rechtsschutzes regelt, gilt nicht in Unterhaltssachen.¹ Infolge der Vereinheitlichung des einstweiligen Rechtsschutzes in den §§ 49 ff. entfällt in Familiensachen auch (endgültig) der Streit, ob neben den gesetzlich geregelten Fällen zum Erlass einer einstwAnO der Erlass einer einstw.Vfö. zulässig ist.²

III. Regelungsvoraussetzungen

Abs. 1 legt zunächst fest, dass nur eine vorläufige Maßnahme angeordnet werden darf, um dem Verbot ³ der Vorwegnahme der Hauptsache zu begegnen. Hierdurch wird auch dokumentiert, dass die **vorläufige Maßnahme nicht Dauerzustand** werden soll, sondern die Maßnahme wieder außer Kraft zu treten hat. Abs. 1 geht davon aus, dass sich die Maßnahme am materiellen Recht zu orientieren hat (... *soweit dies nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften gerechtfertigt ist* ...). Ferner wird das **Bestehen eines dringenden Bedürfnisses** gefordert. Dieser Begriff orientiert sich am Verfügungsgrund im Recht der

⁴ Zum Ganzen s. a. *Socha* FamRZ 2010, 947.

¹ S. a. BGH NJW 2000, 742, 743.

² S. etwa OLG Düsseldorf FamRZ 1987, 497, 498; eingehend *Musielak/Borth* 6. Aufl. § 620 Rn. 16 ff., 21.

einstw. Vfg. Es liegt vor, wenn ein Zuwarten bis zur Entscheidung zur Hauptsache nicht ohne Eintritt erheblicher Nachteile möglich wäre, das heißt die zu schützenden Interessen nicht gewahrt würden. Eine solche Sachlage ist zB dann gegeben, wenn eine Kindeswohlgefährdung im Sinn des § 1666 BGB besteht und zum Schutz des Kindes eine sofortige Maßnahme geboten ist (zum Beispiel die Herausnahme des Kindes aus der Familie im Falle einer Verwahrlosung; zur Frage, ob dieser Maßstab auch zur Regelung der Umgangsbefugnis mit einem Kind ausreicht, s. unten Rn. 8). In Gewaltschutzsachen wird die Eingriffsmöglichkeit durch einstwAnO in § 214 entsprechend geregelt; sie ist nur möglich, wenn ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden vorliegt.

IV. Erforderliche Anordnungen

- 4 **Abs. 2** umschreibt den Inhalt einer zulässigen Anordnung. **S. 1** benannt hierzu eine **Sicherungsanordnung** und die **Regelungsanordnung**. Deren Inhalt muss davon geprägt sein, dass nur eine vorläufige Sicherung erfolgt, um einen Rechtsverlust zu vermeiden, nicht aber einen bestehenden Anspruch bereits zu erfüllen. Diese Eingriffsdefinition ist aber kaum geeignet, im Bereich der elterlichen Sorge und der Umgangsbefugnis mit einem Kind im Umfang der bisherigen Rechtslage nach den § 620 Nr. 1–3 ZPO aF eine Anordnung zu treffen. **S. 2** nennt in Anlehnung an § 938 Abs. 2 ZPO verschiedene vorläufige Maßnahmen, so etwa ein Gebot etwas zu tun oder zu unterlassen, ein Verbot, insbesondere ein Verfügungsverbot i. S. des § 888 Abs. 2 BGB, wenn ein Ehegatte eine Verfügung im Sinne des § 1365 Abs. 1 BGB vornimmt. **S. 3** regelt die Anordnungskompetenz des Gerichts in Bezug auf die Vollziehung einer Maßnahme, die ohne einen bestimmten Antrag angeordnet werden kann. Dies betrifft die Sicherstellung der Einhaltung einer angeordneten Maßnahme.

V. Einstweilige Anordnungen in Familiensachen

- 5 **1. Allgemeine Grundlagen.** EinstwAnO ermöglichen eine vorläufige Regelung streitiger Rechtspositionen zwischen Ehegatten in personaler und vermögensrechtlicher Hinsicht. Entsprechendes gilt im Verhältnis von Eltern zu ihren Kindern und sonstigen, im Familienrecht geregelten Rechtsverhältnissen (zum Beispiel nach § 1615l BGB). Auf Grund einer summarischen Anspruchsprüfung, geringer Anforderungen an die Beweisführung (Glaubhaftmachung nach § 51 Abs. 1 S. 2), einer einfachen Form der Entscheidung (Beschluss) und beschränkter Rechtsmittelmöglichkeiten (§ 57) kann in kurzer Zeit ein Rechtsverhältnis geregelt oder ein Vollstreckungstitel geschaffen werden. Sie stellt damit ein eigenständiges Rechtsinstitut dar, das den Ehegatten eine schnelle Hilfe in einer streitigen Auseinandersetzung und eine vorläufige Sicherung einer Rechtsposition gewährt.³ Eine Ausnahmestellung nehmen insoweit die Verfahren nach dem GewSchG ein, die nicht auf die im 4. Buch des BGB geregelten Familiensachen beschränkt sind, sondern nach der Definition in § 210 alle Verfahren betreffen, die dem Regelungsbereich des § 1 GewSchG unterliegen (→ § 210 Rn. 2).
- 6 **2. Begriff des dringenden Bedürfnisses. a) Abgrenzung zum allgemeinen Regelungsbedürfnis in Unterhaltssachen.** Zum Erlass der Entscheidung in einer einstwAnO war nach bisherigem Recht ein **Regelungsbedürfnis** für das geltend gemachte Begehren erforderlich.⁴ Danach war die Notwendigkeit für ein sofortiges Einschreiten zu verlangen, das ein Zuwarten bis zur Entscheidung zur Hauptsache nicht zulässt, was zB gegeben ist, wenn der Unterhaltspflichtige nicht den (vollen) geschuldeten Unterhalt nach § 1361 oder §§ 1601 ff. BGB zahlt. Dieser Grundsatz gilt in Familiensachen im Buch 2 nur noch in den Unterhaltssachen. Entsprechend bestimmt § 246 Abs. 1 abweichend von § 49, dass das Gericht durch einstwAnO die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt anordnen „**kann**“. Insoweit reicht für die Anordnung aus, dass ein Regelungsbedürfnis in der Weise besteht, dass dem Unterhaltsberechtigten derjenige Unterhalt zugesprochen wird, der ihm nach materiellem Recht zusteht (zu den Einzelheiten → § 246 Rn. 2ff). Sind die Voraussetzungen eines Regelungsbedürfnisses gegeben, ist die beantragte einstwAnO zu erlassen; ein Handlungsermessen besteht für das FamG nicht.⁵ Dies gilt auch in Bezug auf die **Zahlung eines Kostenvorschusses** für ein gerichtliches Verfahren im Sinne des § 1360a Abs. 4 BGB. Kein Regelungsbedürfnis besteht dagegen, wenn zB der Unterhalt regelmäßig bezahlt oder Unterhalt für die Vergangenheit verlangt wird (→ § 246 Rn. 5 ff.). Gleiches gilt, wenn das Begehren vom Gegner anerkannt ist oder zweifelsfrei feststeht, dass die Durchsetzung des Zahlungsanspruchs in absehbarer Zeit nicht möglich ist.⁶ Bei Zahlungsansprüchen entfällt das Regelungsbedürfnis erst, wenn auf das Anerkenntnis auch geleistet wird. Hiervon zu trennen ist das **Titulierungsinteresse des Unterhaltsberechtigten**,⁷ das nicht durch eine Regelung im einstweiligen Rechtsschutz erfüllt werden kann, weil mangels Bestandskraft einer Anordnung gemäß §§ 49, 246 insoweit kein gesicherter Titel besteht (→ eingehend § 76 Rn. 19f.; § 231 Rn. 19).

³ BGH FamRZ 1980, 131.

⁴ S. Musielak/Borth, 6. Auflage § 620 Rn. 5.

⁵ S. auch OLG Stuttgart FamRZ 2000, 965; OLG Hamm FamRZ 1999, 936.

⁶ OLG Hamm FamRZ 1986, 919.

⁷ S. BGH FamRZ 2010, 195, 196.

In Bezug auf die Zuweisung von **Gegenständen des ehelichen Haushalts** erweist sich die Regelung des FamFG, den Erlass einer einstwAnO in den Verfahren des § 200 nur nach der strengen Grundregelung des § 49 Abs. 1 vornehmen zu können, als verfehlt, weil die Zuweisung von Gegenständen des Haushalts in gleicher Weise wie die Leistung von Unterhalt der Existenzsicherung in der Trennungsphase dient und vor allem in dieser Phase eine Regelung zum Unterhalt häufig noch nicht getroffen ist, so das auch nicht die erforderlichen finanziellen Mittel für eine Ersatzbeschaffung zur Verfügung stehen.

b) Umsetzung des Begriffs des dringenden Bedürfnisses in Familiensachen. In den anderen **Familiensachen** sind die Voraussetzungen zum Erlass einer einstwAnO auf Grund des einengenden Wortlautes in § 49, der ein **dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden** verlangt, strenger geregelt. Allerdings wird der Regelungszusammenhang zwischen den Bestimmungen im Allgemeinen Teil (Buch 1) und den Familiensachen (Buch 2) nur in Bezug auf den Erlass einer einstwAnO in einer Gewaltschutzsache gemäß § 214 Abs. 1 aufrechterhalten. In den anderen Familiensachen, vor allem den Kindschaftssachen sowie Ehewohnungs- und Haushaltssachen (§ 111 Nr. 2, 5) fehlt der ausdrückliche Bezug auf die grundlegende Regelung des Abs. 1 (s hierzu Rn. 6 aE).

c) Kindschaftssachen, Kindeswohlgefährdung. Insbesondere in den **Kindschaftssachen zur elterlichen Sorge** sowie der **Umgangsbefugnis** mit einem Kind ist der Regelungszusammenhang zu § 49 nicht eindeutig und wird auch in der Gesetzesbegründung nicht transparent.⁸ Dies ist zwar im Hinblick auf den Regelungszusammenhang zwischen den Bestimmungen des Allgemeinen Teils in den §§ 49 ff. einerseits und den speziellen Regelungen im Buch 2 (Familiensachen) systematisch nicht erforderlich. Jedoch ist es irreführend, wenn einerseits in **Gewaltschutzsachen** in § 214 Abs. 1 derselbe (hohe) Eingriffsmaßstab wie in § 49 Abs. 1 ausdrücklich erwähnt, in den Kindschaftssachen dagegen kein ausdrücklicher Regelungsmaßstab geschaffen, zugleich aber in den Ausführungen zu § 49⁹ zutreffend ausgeführt wird, dass vor allem in Verfahren zur Umgangsbefugnis mit einem Kind regelmäßig ein besonderes Bedürfnis für eine zeitnahe Regelung besteht, um einer längeren Unterbrechung des persönlichen Kontakt zwischen Eltern- und Kind zu vermeiden, dem mit einer einstwAnO entgegengewirkt werden kann. Der Regelungsmaßstab in den Kindschaftssachen gem. § 151 Nr. 1–3 ist deshalb im Gesetz entsprechend der in der Begründung zutreffend dargelegten besonderen Regelungsbedürftigkeit nicht eindeutig geregelt. Der **Begriff des dringenden Bedürfnisses ist in Kindschaftssachen** aus dem (materiell-rechtlichen) Kindeswohlbegriff zu definieren. Soweit ein solches bejaht wird, scheidet i. d. R. auch die Bestellung eines Verfahrensbeistands nach § 158 Abs. 1 (→ § 158 Rn. 11) aus, wenn es in erster Linie um den sofortigen Schutz der körperlichen und/oder seelischen Belange eines Kindes geht.¹⁰

In Bezug auf die Verfahren nach § 1666 BGB geht es in erster Linie um die Sicherung vor einer **seelischen oder leiblichen Gefährdung des Kindes**, die sich aus dem Verhalten der Eltern oder sonstiger Einflüsse aus dem Lebensbereich des Kindes ergeben; insoweit muss eine konkrete und entweder bereits eingetretene oder unmittelbar bevorstehende Gefährdung vorliegen.¹¹ In Bezug auf die Regelung des Aufenthalts eines Kindes sowie die Umgangsbefugnis eines Elternteils ist ferner zu berücksichtigen, dass einerseits eine von einem Elternteil einseitig herbeigeführte Veränderung der Lebensverhältnisse eines Kindes die Gefahr einer Verfestigung der Verhältnisse zur Folge hat, die gegebenenfalls wegen der Wahrung des Kindeswohl nicht ohne weiteres wieder rückgängig gemacht werden kann, so dass ein sofortiges Handeln geboten sein kann. Andererseits ist auch eine im Rahmen einer einstwAnO getroffenen Maßnahme zum Aufenthalt des Kindes geeignet, eine Verfestigung zu bewirken, die gleichermaßen nicht ohne weiteres rückgängig gemacht werden kann. Demgemäß sind einstwAnO auf der Grundlage eines möglichst gesicherten Sachverhalts zu erlassen, weil eine solche geeignet ist, in die nach Art. 6 GG geregelten Schutzrechte eines Elternteils einzugreifen.¹² Diese Abwägung kann zur Folge haben, das zunächst zur vorläufigen Sicherung des Kindeswohls eine Schutzmaßnahme zu erlassen ist,¹³ diese aber noch im Verfahren der einstwAnO eine vertieften Prüfung des Sachverhalts unterliegt, um der Gefahr einer nachteiligen Verfestigung der Verhältnisse zuzulasten des Kindes sowie eines Elternteils zu begegnen. Ferner ist darauf zu achten, dass eine einmal getroffene und vollzogene Anordnung im Verfahren der einstwAnO nicht durch ständige Abänderungsanträge zu einer Belastung des Kindes führt.¹⁴

Die Vorschrift des § 49 ist ferner ist aus dem Zusammenhang zwischen dem in § 155 geregelten **Vorrang- und Beschleunigungsgebot** einerseits, der ein sofortiges Tätigwerden des Familiengerichts verlangt und deshalb in der Regel auch die Voraussetzungen für ein (einfaches) Regelungsbedürfnis fehlt und der Regelung des § 156 Abs. 1, 3 andererseits zu verstehen, der vom Familiengericht verlangt, dass es

⁸ S. BT-Drucks. 16/6308 Ausführungen zu § 156 Abs. 3 S. 1 S. 237; s. a. OLG Thüringen FamRZ 2010, 1830, das bereits bei einer räumlichen Trennung der Eltern ein dringendes Bedürfnis zur Regelung der elterlichen Sorge annimmt; zutreffend einschränkend OLG Hamburg FamRZ 2010, 1680 (LS).

⁹ BT-Drucks. 16/6308 S. 199.

¹⁰ S. a. KG FamRZ 2014, 1790.

¹¹ S. zB OLG Schleswig, FamRZ 2014, 1383.

¹² S. hierzu BVerfG FamRZ 2002, 1021; EuGHMR FamRZ 2005, 585, 588; BVerfG FamRZ 2008, 492.

¹³ S. hierzu etwa OLG Brandenburg FamRZ 2011, 236 [LS].

¹⁴ S. zB KG FamRZ 2014, 1790; OLG Brandenburg FamRZ 2011, 1874; zum Versuch einer allgemein gültigen Definition eines dringenden Bedürfnisses s. a. OLG Brandenburg FamRZ 2014, 1038 [LS].

in dem frühen Termin des § 155 Abs. 2 auf ein **Einvernehmen hinwirkt**. Gelingt dies, erübrigt sich der Erlass einer einstwAnO. Kommt es dagegen nicht zu einer Einigung in dem frühen Termin des § 155 Abs. 2, hat das Familiengericht nach § 156 Abs. 3 S. 1 die Möglichkeit, eine einstwAnO zu erlassen; insoweit ist aber der Regelungsmaßstab nicht eindeutig, wenn nach vorgesehener Erörterung mit den Beteiligten es nicht zu einer Einigung kommt.

- 10 Geht es um die **Regelung den Aufenthalts oder Herausgabe** eines Kindes, ist ein dringendes Bedürfnis etwa dann anzunehmen, wenn sich ein Kind in der Trennungszeit ausschließlich bei einem Elternteil aufgehalten hat und zu dem anderen Elternteil nur in geringem Umfang Kontakte im Rahmen der Umgangsbefugnis stattgefunden haben, weil in diesem Fall in dem Herausnehmen des Kindes aus der ihm gewohnten Umgebung regelmäßig eine Kindeswohlbeeinträchtigung gesehen werden kann, die die Eingriffsschwelle des § 49 Abs. 1 erreicht.¹⁵
- 11 Zur **Umgangsbefugnis mit einem Kind** sieht § 156 Abs. 3 S. 2 ein Regelungsbedürfnis dann als gegeben an, wenn bei fehlender Einigung der Elternteile durch das Familiengericht die Einholung eines Sachverständigengutachtens oder die Teilnahme an einem Beratungsgespräch angeordnet wird. Zur Vermeidung einer weiteren Entfremdung eines Elternteils mit dem Kind kann dann das Familiengericht durch einstwAnO die Umgangsbefugnis mit dem Kind regeln; es kann aber auch in einem solchen Fall die Umgangsbefugnis bis zum Abschluss der eingeleiteten Ermittlungen einstweilen aussetzen, um eine Beeinträchtigung des Kindeswohls zu vermeiden. Insoweit kann ein dringendes Regelungsbedürfnis im Sinne des § 49 Abs. 1 angenommen werden. Dies gilt entsprechend, wenn durch anderweitige Ermittlungsmaßnahmen sich eine erhebliche Verzögerung der abschließenden Entscheidung zur Umgangsbefugnis mit einem Kind ergibt.
- 12 **d) Gewaltschutzsachen.** In Gewaltschutzsachen trifft die Vorschrift des § 214 Abs. 1 besondere Bestimmungen zum Erlass einer einstwAnO; dort wird der Eingriffsmaßstab ausdrücklich geregelt.
- 13 **e) Ehewohnungs-Haushaltssachen.** In Bezug auf **Ehewohnungs- und Haushaltssachen** fehlt eine bereichsspezifische Regelung in den §§ 200–209. Es ist deshalb auf die in § 49 Abs. 1 enthaltene grundlegende Regelung zurückzugreifen. Danach ist eine einstwAnO zB nur dann zu erlassen, wenn ein Ehegatte und insbesondere die gemeinsamen Kinder auf die Nutzung der Wohnung oder die Zuweisung von wesentlichen Teilen des ehelichen Hausrats angewiesen sind, weil sie mangels finanzieller Mittel sich einen alsbaldigen Ersatz beschaffen können. Zu den Einzelheiten → § 200 Rn. 12 ff., 20 verwiesen.
- 14 **f) Versorgungsausgleichssachen.** Gleiches gilt zum Versorgungsausgleich, so dass auch insoweit auf § 49 zurückgegriffen werden muss. Ein dringendes Regelungsbedürfnis kann sich ergeben, wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte einer privaten Rentenversicherung oder einer betrieblichen Altersversorgung in der Trennungsphase beabsichtigt, dieses Anrecht sich als Kapitalbetrag auszahlen zu lassen. Insoweit kann ein **Verfügungsverbot zur Sicherung** des Ausgleichsanspruchs nach § 1 Abs. 2 VersAusglG gegeben sein. Dem entspricht auch die Vorschrift des § 29 VersAusglG, der verhindern will, dass während eines laufenden Versorgungsausgleichsverfahrens eine unkontrollierte Verschiebung und damit Beeinträchtigung des Wertausgleichs erfolgt (diese Vorschrift beinhaltet nach BGH¹⁶ allerdings kein relatives Verfügungsverbot i. S. d. § 135 BGB, sondern lediglich eine Anweisung zur Nichtauszahlung). Nicht geregelt ist auch im **Bereich der schuldrechtlichen Ausgleichsrente** nach § 20 Abs. 1 VersAusglG, ob bei einem fälligen Anspruch analog zu § 246 eine **Leistungsverfügung** erlassen werden kann. Eine mit § 3a Abs. 9 S. 2 VAHRG aF entsprechende Regelung zum Erlass einer einstwAnO sieht das FamFG nicht vor. Dennoch ist entsprechend dem Regelungszweck des § 246 der Erlass einer einstwAnO zu § 20 Abs. 1 VersAusglG zuzulassen, soweit ein Regelungsbedürfnis besteht, das vor allem besteht, wenn der Ausgleichsberechtigte keine eigene ausreichende Versorgung bezieht (→ s. § 223 Rn. 6). Folgt man dem nicht, kann eine einstwAnO nur dann erlassen werden, wenn der Ausgleichsberechtigte wegen einer eigenen geringen Versorgung und fehlenden weiteren Einkünften zur **Sicherung seines lebensnotwendigen Lebensbedarfs** (in Höhe des billigen Selbstbehalts i. S. d. § 1581 S. 1 BGB) auf eine sofortige Leistung der schuldrechtlichen Ausgleichsrente dringend angewiesen ist. Insoweit kann der Ausgleichsberechtigte auch nicht auf die Inanspruchnahme von Sozialleistungen verwiesen werden.
- 15 **g) Güterrechts- sowie sonstige Familiensachen.** In den Güterrechtssachen sowie sonstigen Familiensachen i. S. d. § 266 gelten die besonderen Vorschriften des Arrestes, § 119 Abs. 2 i. V. m. den §§ 916 bis 934 ZPO sowie §§ 943 bis 945 ZPO. Soweit bei einer Verfügung über das wesentliche Vermögen i. S. d. § 1365 Abs. 1 BGB ein Verfügungsverbot entsprechend § 888 Abs. 2 BGB zu erlassen ist, muss dagegen auf § 49 zurückgegriffen werden (→ s. a. § 119 Rn. 2; § 261 Rn. 26 f.).
- 16 **3. Materielle Rechtsgrundlage.** Die §§ 49 ff. sind reine Verfahrensvorschriften ohne materiell-rechtlichen Gehalt.¹⁷ Zwar ergeben sich aus dem Gesetz keine Anhaltspunkte dafür, ob allein auf der Grundlage des § 49 Abs. 1, 2 eine Regelung ergehen darf. Da die einstwVfg. nach §§ 935, 940 einen Verfügungsanspruch für eine Sicherungsmaßnahme verlangt, ist eine materielle Rechtsgrundlage jedenfalls auch für

¹⁵ Unklar OLG Thüringen FamRZ 2010, 1830.

¹⁶ NJW 1995, 135 = FamRZ 1995, 31, 32 zu § 10d VAHRG.

¹⁷ BGH NJW 1984, 2095, 2096 = FamRZ 1984, 767, 768 = LM BGB § 818 Abs. 3 Nr. 30.

die einstwAnO zu fordern, weil mit dieser in den Rechtswirkungen eine weiter gehende Regelung erlangt werden kann. I. Ü. steht der Annahme einer reinen Verfahrensvorschrift entgegen, dass nicht etwas zugesprochen werden kann, was materiell-rechtlich nicht besteht und im Erkenntnisverfahren auch nicht zugesprochen würde.

Teilweise wurde den §§ 620 ff. ZPO aF auch eine über die reine verfahrensrechtliche Regelung hinausgehende Funktion zugesprochen, so, wenn eine einstweilige Regelung getroffen werden kann, die über den Regelungsbereich des materiellen Rechts hinausgeht. Dies wird vor allem für den Bereich der Herausgabe persönlicher Gegenstände und bei Hausratsgegenständen angenommen, aber auch bei Teilregelungen zur elterlichen Sorge.¹⁸ Dies erscheint nicht zwingend, weil auch in diesen Fällen regelmäßig auf die (weit gefassten) Tatbestände des § 1361a BGB bzw. § 1671 BGB zurückgegriffen werden kann. I. Ü. ist ohne eine materiell-rechtliche Grundlage unklar, in welchem Umfang in die Rechte des anderen Ehegatten (ohne eine ermächtigende Bestimmung) eingegriffen werden kann. Auch dies spricht gegen diese Ansicht. Jedenfalls ist auf eine materiell-rechtliche Grundlage immer dann zurückzugreifen, wenn eine entsprechende Regelung besteht; nach dieser ist auch der Anspruchsinhalt zu bestimmen.

4. Materiell-rechtliche Grundlagen nach ausländischem Recht. Die internationale Zuständigkeit für Ehesachen nach der EheVO II sowie nach § 98 umfasst auch den Erlass einstwAnO¹⁹ (→ als unselbstständiges Annexverfahren, s. § 98 Rn. 2); dies regelt Art. 20 EheVO II. Entsprechendes sieht Art. 31 EuGVVO vor. Unterliegt der Regelungsbereich ausländischem Recht, ist dieses als Grundlage für die Prüfung nach § 49 heranzuziehen.²⁰ Hierbei hat der Richter auch im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes das anwendbare ausländische Recht zu ermitteln. Die Parteien können den Inhalt des ausländischen Rechts glaubhaft machen (durch Vorlage übersetzter ausländischer Entscheidungen, Auszüge aus der Literatur, Rechtsgutachten, die in vergleichbaren Fällen erstellt wurden; §§ 294 Abs. 1 iVm. 293 S. 1 ZPO).²¹ Lässt sich aus dem ausländischen Recht eine materiell-rechtliche Grundlage nicht ableiten, so wird teilweise bei besonderer Eilbedürftigkeit auf deutsches Recht zurückgegriffen, so insbesondere, wenn wegen der Eilbedürftigkeit der Maßnahme die Ermittlung des ausländischen Rechts nicht möglich ist.²² Die Übernahme deutschen Rechts ist jedenfalls dann problematisch, wenn das ausländische Recht mit dem deutschen (vergleichbaren) Regelungsbereich nicht verglichen werden kann und deshalb möglicherweise fehlerhaft zur Annahme eines materiell-rechtlichen Anspruchs gelangt, den das ausländische Recht nicht kennt. Vielmehr hat sich das Gericht an dem materiell-rechtlichen Regelungsbereich des ausländischen Rechts zu orientieren und zu prüfen, ob ein solcher Anspruch bestehen könnte, wenn nicht hinreichend Zeit für eine Ermittlung des ausländischen Rechts zur Verfügung steht.²³ Steht fest, dass das ausländische Recht einen Anspruch nicht vorsieht, kann auch eine einstwAnO nicht erlassen werden, weil diese im Erkenntnisverfahren wieder aufgehoben würde. Auf diese Rechtslage hat der Gesetzgeber durch die Einführung des Art. 17a EGBGB durch das GewSchG²⁴ reagiert und bestimmt, dass die Nutzungsbefugnis für die im Inland gelegene Ehewohnung und dem im Inland befindlichen Hausrat sowie damit zusammenhängende Betretungs-, Näherungs- und Kontaktverbote den deutschen Sachvorschriften unterliegen (→ § 214 Rn. 2 ff.).

In jedem Fall ist deutsches Verfahrensrecht nach §§ 49 ff. anzuwenden, auch wenn das ausländische Recht einen solchen vorläufigen Rechtsschutz nicht vorsieht, weil sich das Verfahren stets nach der lex fori richtet.

VI. Rechtsanwaltsgebühren

Jede einstweilige Anordnung ist ein selbständiges Verfahren und eine eigene gebührenrechtliche Angelegenheit. Zum Verfahren gehören alle Abschnitte über den Antrag, über die mündliche Verhandlung bis zu allen Abänderungs- und Aufhebungsanträgen (§ 16 Nr. 5 RVG). Mehrere Verfahren der einstweiligen Anordnung bilden jeweils eine eigene Angelegenheit, § 17 Nr. 4b RVG. In den einstweiligen Anordnungen fallen die gleichen Gebühren an wie bei Arrest und einstweiliger Verfügung, nämlich die Verfahrensgebühr (1,3) und die Terminsgebühr.²⁵ Die Aussetzung der Vollziehung (§ 55) und der Antrag auf Feststellung des Außer-Kraft-Tretens der einstweiligen Anordnung (§ 56) sind von der Verfahrensgebühr mit abgegolten. Wird in einer Kindschaftssache gem. § 156 Abs. 3 der Erlass einer einstweiligen Anordnung erörtert, ist diese Erörterung so lange von der Verfahrensgebühr abgegolten, bis einer der Beteiligten einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stellt oder das Gericht erklärt, eine solche erlassen zu wollen. Danach entstehen die zusätzliche 1,3 Verfahrens- und die 1,2 Terminsgebühr aus dem Wert der einstweiligen Anordnung, wenn der Mandant die Vertretung in diesem Eilverfahren wünscht, was zu klären

¹⁸ Zö/Philippi 27. Aufl. Rn. 8; MK/Finger Rn. 10; Peschel-Gutzeit MDR 1984, 892.

¹⁹ OLG Karlsruhe FamRZ 1984, 184.

²⁰ OLG Hamm IPRax 1990, 114.

²¹ S. a. Sommerlad/Schrey NJW 1991, 1377, 1381 f.

²² OLG Karlsruhe IPRax 1985, 106; BGH NJW 1978, 496 = FamRZ 1978, 179.

²³ S. auch Kreuzer NJW 1983, 1943 ff., 1948.

²⁴ S. Art. 10 des Gesetzes vom 11.12.2001, BGBl. I S. 3513.

²⁵ Vgl. G/S/Müller-Rabe, § 16 RVG Rn. 99, Anh. II Rn. 9.

ist.²⁶ Eine erhöhte Terminsgebühr fällt an, wenn anlässlich eines Termins in der Hauptsache auch über die einstweilige Anordnung verhandelt wird (Nr. 3104 Abs. 2 VV RVG); zur Anrechnung in diesem Fall vgl. Nr. 3104 Abs. 2, Vorbem. 3 Abs. 4 VV RVG. Abänderungs- und Aufhebungsverfahren bilden im Verhältnis zum Anordnungsverfahren dieselbe Angelegenheit.²⁷ Sie bilden keinen weiteren gebührenrechtlichen Gegenstand; § 18 Nr. 1, 2 RVG aF sind entfallen. Wird über die einstweilige Anordnung zunächst schriftlich entschieden und dann Antrag auf mündliche Verhandlung (§ 54) gestellt, bleibt es ein gebührenrechtlicher Gegenstand. Der Anwalt des Antragsgegners verdient die Verfahrensgebühr, wenn er auftragsgemäß zur Abwehr einer Anordnung tätig wird. Werden einstweilige Anordnungen und Hauptsache in einem Vergleich im Hauptsacheverfahren erledigt, werden die Werte für Hauptsache und einstweilige Anordnung für die Berechnung der Einigungsgebühr (Nr. 1003 VV RVG) zusammengerechnet.²⁸ Nach anderer Ansicht entsteht die Einigungsgebühr nur aus dem Wert der Hauptsache.²⁹ Erfolgt die Einigung im Verfahren der einstweiligen Anordnung, entsteht sie aus dem Wert der Hauptsache.³⁰ Nach a. A. wird der Hauptsachewert als Vergleichsmehrwert berücksichtigt.³¹ Wird eine einstweilige Anordnung in der I. Instanz und später eine weitere in der II. Instanz beantragt, liegen zwei Angelegenheiten vor.³² Für die in II. Instanz beantragte einstw. Anordnung fallen die Gebühren der Nr. 3100 ff. an (Vorbem. 3.2 Abs. 2 S. 1 RVG).³³ Sofern kein Verfahrensauftrag vorlag, sind zusätzlich die Gebühren gemäß Nr. 2300 VV RVG angefallen, die entsprechend Vorbem. 3 Abs. 4 VV RVG anrechnungspflichtig sind.

- 20 Die Fälligkeit der Anwaltsgebühren tritt mit der Entscheidung des Gerichts über den Anordnungsantrag oder mit Vergleichsabschluss ein. § 54 schiebt die Fälligkeit nicht hinaus.³⁴ Die Gegenstandswerte ergeben sich aus §§ 41, 43 ff. FamGKG, § 23 Abs. 1 RVG. Nach § 41 FamGKG bemisst sich der Gegenstandswert der einstweiligen Anordnung grundsätzlich nach der Hälfte des Werts der Hauptsache, kann aber im Einzelfall davon abweichend festgesetzt werden.³⁵

§ 50 Zuständigkeit

(1) ¹ **Zuständig ist das Gericht, das für die Hauptsache im ersten Rechtszug zuständig wäre. ² Ist eine Hauptsache anhängig, ist das Gericht des ersten Rechtszugs, während der Anhängigkeitszeit beim Beschwerdegericht das Beschwerdegericht zuständig.**

(2) ¹ **In besonders dringenden Fällen kann auch das Amtsgericht entscheiden, in dessen Bezirk das Bedürfnis für ein gerichtliches Tätigwerden bekannt wird oder sich die Person oder die Sache befindet, auf die sich die einstweilige Anordnung bezieht. ² Es hat das Verfahren unverzüglich von Amts wegen an das nach Absatz 1 zuständige Gericht abzugeben.**

I. Normzweck

- 1 Die Vorschrift regelt die örtliche und sachliche Zuständigkeit für einen Antrag auf Erlass einer einstwAnO, dagegen nicht die funktionelle Zuständigkeit (→ § 2 Rn. 2, § 3 Rn. 3). Anknüpfungspunkt ist der Gerichtsstand der Hauptsache; dies entspricht der Regelung des § 919 ZPO (1. Alt.) sowie § 937 Abs. 1 ZPO. Da das Verfahren nach § 51 Abs. 3 als selbständiges Verfahren geführt wird, ist die örtliche und sachliche Zuständigkeit wie in einem Hauptsacheverfahren festzustellen.

II. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

- 2 Aus § 50 Abs. 1 S. 1 folgt, dass sich die örtliche und sachliche Zuständigkeit nach den Bestimmungen des Hauptsacheverfahrens richtet. Dieser Grundsatz wird in § 51 Abs. 2 S. 1 wiederholt, bezieht sich dort jedoch in erster Linie auf die jeweils geltenden Verfahrensgrundsätze in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bzw. der Familienstreitsachen. In Bezug auf die **örtliche Zuständigkeit** ist deshalb jeweils die in Familiensachen überwiegend geregelte ausschließliche Zuständigkeit zu beachten. In Kindersachssachen ist diese in § 152, in Haushaltssachen in § 201, in Gewaltschutzsachen in 211, in Versorgungsausgleichssachen (→ § 49 Rn. 12) in § 219 und in Unterhaltssachen bezüglich des Kindesunterhalts minderjähriger und volljähriger privilegierter Kinder in § 323 Abs. 1 geregelt. Die Vorschrift des

²⁶ *Groß*, Anwaltsgebühren in Ehe- und Familiensachen, 4. Aufl. 2014 § 12 Rn. 14.

²⁷ *Groß*, Anwaltsgebühren in Ehe- und Familiensachen, 4. Aufl. 2011, § 12 Rn. 10.

²⁸ *Groß*, Anwaltsgebühren in Ehe- und Familiensachen, 4. Aufl. 2014, § 12 Rn. 11; OLG Karlsruhe FamRZ 2011, 1813; OLG Düsseldorf JurBüro 2005, 310.

²⁹ *G/S/Müller-Rabe* Anh. II Rn. 44 f.; OLG Hamm RPfl. 2009, 53.

³⁰ *Groß*, Anwaltsgebühren in Ehe- und Familiensachen, 4. Aufl. 2014, § 12 Rn. 11; *G/S/Müller-Rabe* Anh. II Rn. 43.

³¹ OLG Saarbrücken AGS 2012, 309.

³² *G/S/Müller-Rabe*, § 16 RVG Rn. 99 ff.

³³ *Müller-Rabe* NJW 2010, 2009, 2010; *Groß*, Anwaltsgebühren in Ehe- und Familiensachen, 4. Aufl. 2014, § 12 Rn. 6.

³⁴ KG JurBüro 1986, 724.

³⁵ Zu den Verfahrensvorschriften vgl. *Groß*, Anwaltsgebühren in Ehe- und Familiensachen, 4. Aufl. 2014, § 12 Rn. 19 ff.