

Michael Klein

Reform des einstweiligen Rechtsschutzes*

– Strukturen der Neuordnung des vorläufigen Rechtsschutzes in Familiensachen – Teil 1

Der Reformgesetzgeber hat den vorläufigen Rechtsschutz in Familiensachen -in Anlehnung an die bisherigen Regelungen der ZPO – neu geordnet.¹ **Eilverfahren** sind nunmehr nur noch die Verfahren der **einstweiligen Anordnung** (§§ 49 f, 119) und des **Arrests** (nach wie vor §§ 916 ff ZPO); die *einstweilige Verfügung* ist für Familiensachen gegenstandslos, da das FamFG an keiner Stelle auf die Vorschriften der §§ 935 bis 942 ZPO verweist. Damit ist auch der Streit, ob zumindest in Unterhaltssachen *ausnahmsweise* eine einstweilige Verfügung möglich ist, verneinend entschieden.

Unterschiede der beiden Rechtsschutzsysteme

Einstweilige Anordnung gem §§ 49 f, 119:

- anwendbar in allen Familiensachen
- Ziel: vorläufige Regelung eines Rechtsverhältnisses
- Schadensersatz in Familienstreitsachen: § 945 ZPO (Ausnahme: Unterhaltsanordnungen, vgl. § 119 Abs. 1 S. 2);

Arrest gem. §§ 916 ff ZPO:

- anwendbar nur in Familienstreitsachen (§ 119 Abs. 2)
- Ziel: Sicherung der Zwangsvollstreckung
- Schadensersatz: § 945 ZPO.

Regelungsgegenstände:

§§ 49 f gelten für alle Regelungsbereiche des FamFG; daneben gelten folgende Sonderregelungen:

- Familienstreitsachen (§ 119),
- Kindschaftssachen (§§ 156 Abs. 3 S. 1, 157 Abs. 3),
- Gewaltschutzsachen (§ 214),
- Unterhaltsverfahren (§ 246 – Unterhalt und Kostenvorschuss für ein gerichtliches Verfahren, § 247 – Unterhalt vor der Geburt eines nichtehelichen Kindes, und § 248 – Vaterschaftsfeststellungsverfahren),
- Betreuungssachen (§§ 272 Abs. 2, 290 S. 2 Nr. 5, 300 bis 302),

- Unterbringungssachen (§§ 313 Abs. 2, 331 bis 334),
- Freiheitsentziehungssachen (§ 427).

Diese von den allgemeinen Regelungen der §§ 49 ff abweichenden **Sonderregelungen** sind **leges speciales**.

§§ 49 f ersetzen im Wesentlichen §§ 620 ff ZPO. Der wichtigste Unterschied zum alten Recht besteht darin, dass das Anordnungsverfahren nunmehr ein selbstständiges Verfahren ist (**Wegfall** der sog **kongruenten Akzessorietät**): Während nach altem Recht ein zur begehrteten einstweiligen Anordnung kongruentes Hauptsacheverfahren (Ehesache, isolierte Familiensache) bzw. zumindest ein entsprechender PKH-Antrag anhängig sein musste, ist nunmehr eine einstweilige Anordnung in einem eigenständigen Verfahren zu führen. Dieser Änderung liegen im Wesentlichen prozessökonomische Überlegungen zu Grunde: Die Entscheidung im Anordnungsverfahren soll es ermöglichen, von einem Hauptsacheverfahren abzusehen.

Bislang bestand in Verfahren der einstweiligen Anordnung grundsätzlich **kein Anwaltszwang**. Auch in Ehesachen (§§ 620 a Abs. 1 S. 2, 78 Abs. 5 ZPO) konnte der Erlass einer einstweiligen Anordnung ohne Anwalt beantragt werden; der (weitere) Antrag auf mündliche Verhandlung bzw. die mündliche Verhandlung selbst waren jedoch dem Anwaltszwang unterworfen.² Nach neuem Recht ist diese *Ausnahme entfallen*: Nunmehr gibt es in Anordnungsverfahren generell keinen Anwaltszwang mehr (§ 114 Abs. 4 Nr. 1).

Das **Übergangsrecht** des Art. 111 FGG-RG bzw. der Stichtag 1. 9. 2009 gelten auch für Anordnungsverfahren: Für bis zum 31. 8. 2009 gestellte Anträge gelten §§ 620 a ff ZPO fort. Ein bis zu diesem Zeitpunkt eingeleitetes Anordnungsverfahren bleibt somit von einem *Hauptsacheverfahren abhängig*, selbst wenn dieses erst nach dem 1. 9. 2009 betrieben (anhängig) wird.

A. Einstweilige Anordnungen (§§ 49 bis 57, 119)

Das FamFG regelt die **einstweilige Anordnung grundlegend** in §§ 49 bis 57:

- Grundregeln zu einstweiligen Anordnungen (§ 49)

* Vortrag, gehalten auf der 12. Jahresarbeitstagung des Fachinstituts für Familienrecht im DAI am 20. 3. 2009 in Köln

1 Alle §§ im folgende ohne nähere Bezeichnung sind solche des FamFG

2 S. Nachweise bei Schürmann FamRB 2008, 375, 377

- Zuständigkeit für den Erlass einstweiliger Anordnungen (§ 50)
- Verfahren betreffend den Erlass einstweiliger Anordnungen (§ 51)
- Einleitung des Hauptsacheverfahrens (§ 52)
- Aufhebung oder Änderung einer einstweiligen Anordnung (§ 54)
- Vollstreckung einer einstweiligen Anordnung und Aussetzung der Vollstreckung (§§ 53, 55)
- Ausserkrafttreten einer einstweiligen Anordnung (§ 56)
- Rechtsmittel gegen einstweilige Anordnungen (§ 57).

Spezielle Regelungen für Familienstreitsachen enthalten § 119 sowie §§ 246 bis 248. § 119 Abs. 1 stellt klar, dass die einstweilige Anordnung nach dem FamFG (vgl. §§ 49 f) auch in Familienstreitsachen statthaft ist; insofern ist der vorläufige Rechtsschutz für alle Verfahrensgegenstände des Familienrechts einheitlich ausgestaltet.

Rechtstechnisch ähnelt die einstweilige Anordnung nunmehr der einstweiligen Verfügung, da sie jetzt keine (akzessorische) Hauptsache mehr voraussetzt: Die Unabhängigkeit der einstweiligen Anordnungen von einem Hauptsacheverfahren gilt nunmehr für das familiengerichtliche Verfahren (vgl. § 54) als neues allgemeines Rechtsprinzip. Sind alle Beteiligten mit der einstweiligen Regelung zufrieden, wird damit ein Hauptsacheverfahren in aller Regel überflüssig, nimmt diesem jedoch – nach wie vor – niemals das Rechtsschutzbedürfnis.

Einstweiliger Rechtsschutz nach dem FamFG: Synoptische Darstellung des geltenden und des künftigen Rechts

Ab 1. 9.2009 geltendes Recht (FamFG)	Bis 31. 8. 2009 geltendes Recht (ZPO)
§ 49 – Einstweilige Anordnung	§ 620 – Einstweilige Anordnungen
§ 50 – Zuständigkeit	§ 620 a – Verfahren bei einstweiliger Anordnung (Abs. 4)
	§ 620 b – Aufhebung und Änderung des Beschlusses (Abs. 3)
§ 51 – Verfahren	§ 620 a – Verfahren bei einstweiliger Anordnung (Abs. 1–3)
	§ 620 g – Kosten einstweiliger Anordnungen
§ 52 – Einleitung des Hauptsacheverfahrens	–
§ 53 – Vollstreckung	–
§ 54 – Aufhebung oder Änderung der Entscheidung	§ 620 b – Aufhebung und Änderung des Beschlusses
§ 55 – Aussetzung der Vollstreckung	§ 620 e – Aussetzung der Vollziehung
§ 56 – Ausserkrafttreten	§ 620 f – Ausserkrafttreten der einstweiligen Anordnung
	§ 641 e – Ausserkrafttreten und Aufhebung der einstweiligen Anordnung
§ 57 – Rechtsmittel	§ 620 c – Sofortige Beschwerde; Unanfechtbarkeit
–	§ 620 d – Begründung der Anträge und Entscheidungen
§ 63 – Beschwerdefrist	–
§ 119 – Einstweilige Anordnung und Arrest	–
§ 157 – Erörterung der Kindeswohlgefährdung; einstweilige Anordnung	–
§ 246 – Besondere Vorschriften für die einstweilige Anordnung	§ 127 a – Prozesskostenvorschuss in einer Unterhaltssache
	§ 644 – Einstweilige Anordnung
§ 247 – Einstweilige Anordnung vor Geburt des Kindes	–
§ 248 – Einstweilige Anordnung bei Feststellung der Vaterschaft	§ 641 d – Einstweilige Anordnung
	§ 641 f – Ausserekrafttreten bei Klagerücknahme oder Klageabweisung
	§ 641 g – Schadensersatzpflicht des Klägers

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

§ 49 enthält – wie zuvor § 620 ZPO – den **Grundtatbestand der einstweiligen Anordnung**. Der wesentliche Unterschied zu dem im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit kraft Richterrechts geltenden Rechtsinstitut der vorläufigen Anordnung sowie zu einigen Bestimmungen des Familienverfahrensrechts (§§ 621 g, 644 ZPO) liegt darin, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht mehr Anhängigkeit einer gleichartigen Hauptsache bzw. Eingang eines entsprechenden PKH-Antrags voraussetzt (**Akzessorietät einer kongruenten Hauptsache**). Das Anordnungsverfahren ist selbst dann ein eigenständiges Verfahren, wenn eine Hauptsache anhängig ist (§ 51 Abs. 3 S. 1). Die *verfahrensmässige Trennung von Hauptsache und einstweiliger Anordnung* entspricht der Situation bei Arrest und einstweiliger Verfügung der ZPO. Durch die Beseitigung der Hauptsacheabhängigkeit der einstweiligen Anordnung in dem bislang geltenden Familienverfahrensrecht werden die Verfahrensordnungen harmonisiert. Damit und mit weiteren Normierungen (§§ 50 f) wird das einstweilige Rechtsschutzsystem des FamFG den Bestimmungen zur einstweiligen Verfügung nach §§ 935 f ZPO angenähert.

Die Neukonzeption stärkt das Institut der einstweiligen Anordnung. Es vereint die Vorteile eines vereinfachten und eines beschleunigten Verfahrens. Sofern weder ein Beteiligter noch das Gericht von Amts wegen ein Hauptsacheverfahren einleiten, fallen diesbezügliche Kosten künftig nicht mehr an. Die formalen Hürden für die Erlangung von einstweiligem Rechtsschutz werden verringert. Die Wahlmöglichkeit bezüglich der Einleitung einer Hauptsache in Antragsachen stärkt die Verfahrensautonomie der Beteiligten.

Ein nunmehr von einer Hauptsache unabhängiges Anordnungsverfahren bedeutet keine Verringerung des Rechtsschutzes: In **Antragsverfahren** steht den Beteiligten die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens frei (der Betroffene kann nach § 52 Abs. 2 beantragen,

dass dem Antragsteller unter Fristsetzung aufgegeben wird, Antrag im Hauptsacheverfahren zu stellen), und in **Amtsverfahren** ist das Gericht verpflichtet, überprüfen, ob die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens von Amts wegen erforderlich ist. § 52 Abs. 1 regelt darüber hinaus, dass das Gericht in **Amtsverfahren** auf Antrag eines von einer einstweiligen Anordnung Betroffenen das Hauptsacheverfahren einzuleiten hat.

Ausnahmen von der Eigenständigkeit des Anordnungsverfahrens bilden diejenigen Fälle, in denen Unterhalt vom vermeintlichen Vater begehrt wird, obgleich dessen Vaterschaft weder nach § 1592 Nr. 1 und 2 BGB noch nach § 1593 BGB, § 248 Abs. 1 feststeht: (Nur) in diesen Fällen muss (noch) ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren anhängig sein. Dennoch bleiben beide Anordnungsverfahren selbstständig: Es kann bereits vor Geburt des Kindes eine einstweilige Anordnung auf Unterhalt beantragt werden (§ 247 Abs. 1).

Nach **Abs. 1** kann das Gericht durch einstweilige Anordnung eine **vorläufige Massnahme** treffen, soweit dies nach den für das Rechtsverhältnis massgebenden Vorschriften gerechtfertigt ist (**Anordnungsanspruch**) und ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht (**Anordnungsgrund**). Damit normiert die Vorschrift **drei Zulässigkeitsvoraussetzungen**:

1. Erfolgreiche Anordnungsbeschlüsse führen immer nur zu vorläufigen Massnahmen (**Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache**); der Begriff »vorläufig« betont den Gesichtspunkt des Ausserkrafttretens der Massnahme besonders. Einerseits muss das Gericht den vorläufigen Charakter der Entscheidung beachten und darf daher nur eine vorläufige Massnahme treffen, die das Ergebnis der Hauptsache nicht vorwegnehmen soll; andererseits soll – nunmehr – die neu eingeführte Eigenständigkeit des Anordnungsverfahrens prozessökonomisch Hauptsacheverfahren überflüssig machen. Das Gericht ist daher bei der zu treffenden Anordnungsentscheidung inhaltlich sehr frei und hat umfassende Befugnisse; die in § 49 Abs. 2 enthaltene Aufzählung ist beispielhaft und daher nicht abschliessend.³

2. Die einstweilige Anordnung muss ausserdem nach den für das Rechtsverhältnis massgebenden Vorschriften gerechtfertigt sein (**Anordnungsanspruch**): Es müssen also die Tatbestandsmerkmale einer materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage bzw. einer Eingriffsnorm vorliegen; insoweit genügt weiterhin die summarische gerichtliche Prüfung (so trotz § 246 Abs. 1 auch in Unterhaltssachen, da § 246 Abs. 1 vorwiegend den Anordnungsgrund betrifft).⁴ Der Anordnungs-

³ BT-Dr. 16/6308 S. 199

⁴ S. die Formulierung in BT-Dr. 16/6308 S. 259, im Einzelnen BÜte FuR 2008, 537, 539

anspruch entspricht strukturell dem Verfügungsanspruch nach § 935 ZPO; dennoch verdeutlicht die Formulierung des § 49 Abs. 1, dass das Gericht sich auch im summarischen Verfahren nach dem **Grundsatz** der **materiell-rechtlichen Vorausprüfung** weitmöglichst an den einschlägigen materiell-rechtlichen Vorschriften zu orientieren hat.

3. Es muss ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden bestehen (Regelungsbedürfnis = **Anordnungsgrund**). Diese Voraussetzung entspricht in ihrer Funktion etwa dem *Verfügungsgrund* für den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden ist je nach Einzelfall anzunehmen, ist aber regelmässig dann zu bejahen, wenn bis zur Entscheidung in einer Hauptsache nicht zugewartet werden kann, ohne dass erhebliche Nachteile für einen der Beteiligten zu besorgen sind; insoweit kann auf die bislang ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden.⁵

Die beiden in der Praxis häufigsten Regelungsbereiche sind bei den Familienstreitsachen die Streitigkeiten um **Unterhalt** und bei den Rechtsfürsorgesachen das **Umgangsrecht** sowie die **Herausgabe eines Kindes**.

In **Unterhaltsverfahren** ist § 246 zu beachten: Das Gericht kann durch einstweilige Anordnung – *abweichend* von § 49 – auf Antrag die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt oder zur Zahlung eines Kostenvorschusses für ein gerichtliches Verfahren regeln. Damit hat der Gesetzgeber verdeutlicht, dass ein **dringendes Regelungsbedürfnis** für **Unterhaltsverfahren** **grundsätzlich nicht erforderlich** ist: Eilbedürftigkeit ist dem Unterhaltsanspruch immanent.⁶ Dies gilt allerdings nach dem unterhaltsrechtlichen Grundprinzip »praeteritum non vivitur« nicht für rückständigen Unterhalt, und schon gar nicht, wenn der Unterhaltsschuldner freiwillig und pünktlich Unterhalt bezahlt.

Auch den **Umgangsverfahren** bzw. den **Verfahren** wegen **Herausgabe eines Kindes** ist Eilbedürftigkeit regelmässig immanent (s. § 156 Abs. 3): Bei Verzögerungen soll das Gericht in Umgangssachen den Umgang durch einstweilige Anordnung regeln oder ausschließen.

Abs. 2 enthält eine nähere Bezeichnung der für eine einstweilige Anordnung in Betracht kommenden Massnahmen: Die Anordnung kann einen bestehenden Zustand sichern (**Sicherungsanordnung**), und/oder sie kann eine Rechtslage vorläufig regeln (**Regelungsanordnung**).

S. 1 nennt mit der Sicherungsanordnung und mit der Regelungsanordnung die **beiden Grundformen**, die aus dem Recht der einstweiligen Verfügung bekannt sind. Mit der gegenüber § 935 und § 940 ZPO knappen Formulierung ist keine Begrenzung bei der Auswahl der in Betracht kommenden Massnahmen verbunden.

S. 2 nennt in Anlehnung an § 938 Abs. 2 ZPO einige praktisch bedeutsame Fälle vorläufiger Massnahmen wie etwa **Gebote** und **Verbote**, und hierbei insbesondere das Verfügungsverbot: Einem Beteiligten kann eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Verfügung über einen Gegenstand untersagt werden.

Nach **S. 3** kann das Gericht mit der einstweiligen Anordnung auch die zu ihrer **Durchführung erforderlichen Anordnungen** (flankierende Massnahmen)⁷ treffen (z. B. in Kindschaftssachen Ge- und Verbote hinsichtlich der Ausübung des Umgangsrechts, in Hausratsverfahren bestimmte Herausgabeanordnungen, in Wohnungszuweisungsverfahren Räumungsfristen). § 49 Abs. 2 S. 3 ist § 15 HausrVO nachgebildet; die Norm stellt klar, dass von der Anordnungskompetenz des Gerichts auch Massnahmen umfasst sind, die den Verfahrensgegenstand des Anordnungsverfahrens nur insoweit betreffen, als sie die Vollstreckung oder sonstige Durchführung der Anordnung regeln, ermöglichen oder erleichtern. Ein diesbezüglicher Antrag ist nicht erforderlich, und zwar auch dann nicht, wenn das Gericht im Anordnungsverfahren dem Grunde nach einer Bindung an die gestellten Anträge unterliegt.

§ 50 – Zuständigkeit

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

(2) In besonders dringenden Fällen kann auch das AmtsG 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. Es hat das Verfahren unverzüglich von Amts wegen an das nach Abs. 1 zuständige Gericht abzugeben.

§ 50 bestimmt die **örtliche** und **sachliche Zuständigkeit** für eine einstweilige Anordnung – abhängig von der örtlichen Zuständigkeit der Hauptsache – im Wesentlichen entsprechend den für Arrest und einstweilige Verfügung geltenden Grundsätzen (s. § 937 Abs. 1 ZPO).

Abs. 1 S. 1 regelt die Zuständigkeit, wenn eine **Hauptsache nicht anhängig** ist: In Anlehnung an § 937 Abs. 1 ZPO ist für das Anordnungsverfahren dasjenige Gericht zuständig, das für die **Hauptsache in erster In-**

⁵ S. etwa OLG Köln FamRZ 2007, 658

⁶ So zutr. Büte FuR 2008, 583, 587

⁷ S. Schürmann FamRB 2008, 375, 378

stanz zuständig wäre. Somit ist die Zuständigkeit den allgemeinen Vorschriften bzw. den für das jeweilige Verfahren geltenden Sonderregelungen zu entnehmen. Dieser Gleichlauf mit der Hauptsache ist aus verfahrensökonomischen Gründen sinnvoll und geboten. Sofern für die Hauptsache in erster Instanz das LG oder ein höheres Gericht sachlich zuständig wäre, gilt dies auch für die einstweilige Anordnung. Die örtliche Zuständigkeit einer später eingeleiteten Hauptsache richtet sich jedoch wegen der Eigenständigkeit beider Verfahren nicht nach einem bereits anhängigen Anordnungsverfahren. Haben sich die massgeblichen Verhältnisse zwischenzeitlich geändert, kann es zu unterschiedlichen Zuständigkeiten kommen. In solchen Fällen ist eine Abgabe des Anordnungsverfahrens gem. § 4 an das Gericht der Hauptsache in Betracht zu ziehen.⁸

S. 2 regelt die Zuständigkeit, wenn eine **Hauptsache erstinstanzlich anhängig** ist: Für das Anordnungsverfahren ist dasjenige Gericht zuständig, bei dem die **Hauptsache in erster Instanz anhängig ist** oder war. Ist die Hauptsache zweitinstanzlich (Beschwerdegericht) anhängig, ist dieses auch für das Anordnungsverfahren zuständig. Da § 50 das Rechtsbeschwerdegericht (BGH) nicht aufführt, verbleibt es insoweit beim Grundtatbestand des § 50 Abs. 1 S. 1: Ist die Hauptsache beim Rechtsbeschwerdegericht anhängig, ist wiederum das Gericht des ersten Rechtszugs für das Anordnungsverfahren zuständig.

Abs. 2 S. 1 behandelt in Anlehnung an § 942 Abs. 1 ZPO die zusätzlich gegebene **örtliche Eilzuständigkeit für besonders dringende Fälle**. Ist eine eilbedürftige Anordnung zu erlassen, dann kann auch dasjenige AmtsG 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 (etwa Notwendigkeit einer Unterbringung, sofern noch kein Betreuungsverfahren anhängig ist, der Betroffene nicht im Gerichtsbezirk seines gewöhnlichen Aufenthalts – vgl. § 313 – aufgefunden wird), und eine Entscheidung dieses an sich zuständigen Gerichts nicht abgewartet werden kann.

Da einstweilige Anordnungen grundsätzlich nur ergehen können, wenn ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht, und um die nach Abs. 1 massgebliche Zuständigkeitsregelung nicht zu unterlaufen, sind an die Fälle, für die die **Eilzuständigkeit** eröffnet wird, **tatbestandlich erhöhte Anforderungen** zu stellen. Die Eilzuständigkeit ist daher nur in besonders dringenden Fällen und stets bei einem AmtsG gegeben, da dort flächendeckend ein Bereitschaftsdienst eingerichtet ist. Massgeblich ist der Ort, an dem das Bedürfnis für ein gerichtliches Tätigwerden hervortritt; dieser Begriff ist *weit auszulegen*. Im Übrigen

wird in Anlehnung an § 942 Abs. 1 ZPO darauf abgestellt, wo sich die Person oder die Sache, auf die sich die einstweilige Anordnung bezieht, befindet.

S. 2 ordnet die **unverzügliche Abgabe** des Anordnungsverfahrens an das nach Abs. 1 zuständige Gericht an. Dies ist insbesondere von Bedeutung, wenn ein Hauptsacheverfahren bereits anhängig ist, aber auch im Hinblick auf eine auf Antrag oder von Amts wegen erfolgende Abänderung der im Anordnungsverfahren zunächst ergangenen Entscheidung. Die Abweichung von den allgemeinen Zuständigkeitsregeln nach Abs. 1 soll nicht länger als unbedingt nötig aufrechterhalten bleiben.

§ 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 selbstständiges 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.

§ 51 enthält die **wesentlichen Regelungen** für das **Anordnungsverfahren**. Es ist zu differenzieren zwischen den sog. **Antragsverfahren** (ein entsprechendes Hauptsacheverfahren kann nur auf Antrag eingeleitet werden), und den sog. **Amtsverfahren (Rechtsfürsorgesachen** als Verfahren, die auch von Amts wegen eingeleitet werden können).

Abs. 1 S. 1 stellt klar, dass in **Antragsverfahren** (insbesondere Familienstreitsachen gem § 112 – Unterhalt, Güterrecht, sonstige Familien-/Lebenspartner-

⁸ Schürmann FamRB 2008, 375, 376

schaftssachen und Gewaltschutzsachen gem § 214) auch eine einstweilige Anordnung nur auf **Antrag** ergehen darf, und damit gleichzeitig, dass für Amtsverfahren – anders derzeit in §§ 620 a Abs. 2 S. 1, 621 g ZPO geregelt – **kein Antrag** notwendig ist. Wird in den Amtsverfahren (insbesondere Kindschaftssachen des § 151) ein Antrag gestellt, dann unterfällt dieser Antrag keinen besonderen Anforderungen.

S. 2 bezieht sich nur auf **Antragsverfahren**. In Abweichung von dem früheren Recht (§ 620 a Abs. 2 ZPO) ist der Antrag nunmehr zu **begründen**, und es sind die Voraussetzungen für die Anordnung **glaubhaft** zu machen, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass es sich um ein summarisches Eilverfahren handelt:

- Die **Begründung** muss die wesentlichen verfahrensrechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung enthalten (welche Anforderungen an die Begründung eines Antrags genau zu stellen sind, kann nur im Einzelfall bestimmt werden), und ggfs. muss auch ein Regelungsbedürfnis dargetan werden.
- Die **Glaubhaftmachung** muss sich auf die vorgenannten Voraussetzungen erstrecken. Welche Beweismittel für die Glaubhaftmachung zugelassen sind, richtet sich nach § 31 bzw. in Ehe- und Familienstreitsachen nach § 113 Abs. 1 S. 2, § 294 ZPO (§ 31 und § 294 ZPO sind im Wesentlichen deckungsgleich).

Eine Beweisaufnahme darf sich nur auf präsen- te Beweismittel erstrecken (§ 31 Abs. 2). Auf Anregungen in Amtsverfahren, auch wenn sie als Anträge bezeichnet sind, ist S. 2 nicht anzuwenden.

Die Selbstständigkeit des Anordnungsverfahrens steht unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten in Übereinstimmung mit der Wertung des § 18 Nr. 1, 2 RVG, wonach Anordnungsverfahren als **besondere Angelegenheiten** anzusehen sind. Eine von der Hauptsache getrennte kostenrechtliche Behandlung des Anordnungsverfahrens hat zudem den Vorteil, dass die diesbezüglichen Kosten sogleich abgerechnet werden können.

Abs. 2 S. 1 verweist für das Anordnungsverfahren auf die für ein **entsprechendes Hauptsacheverfahren** massgeblichen **Verfahrensvorschriften**. Allerdings gilt diese Verweisung im summarischen Verfahren nicht uneingeschränkt, sondern sie reicht ausdrücklich nur so weit, als nicht die Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes entgegen stehen. Zu diesen Besonderheiten gehören typischerweise die Eilbedürftigkeit des Verfahrens und dessen summarischer Zuschnitt. Aus diesem Grunde kommen etwa eine Beweisaufnahme oder die Anordnung des Ruhens des Verfahrens regelmässig nicht in Betracht.

S. 2 stellt für **Familienstreitverfahren** klar, dass das Gericht auch **ohne mündliche** (nichtöffentliche, § 170 S. 1 GVG) **Verhandlung** entscheiden kann: Die Entscheidung hierüber steht – vorbehaltlich besonderer Vorschriften (s. etwa § 246 Abs. 2) – im gerichtlichen Ermessen; das Gericht hat die Vorschriften über die (persönliche) Anhörung von Beteiligten zu beachten. Dies wird vielfach dazu führen, dass eine mündliche Verhandlung geboten ist. Unterbleibt eine persönliche Anhörung auf Grund Eilbedürftigkeit der Sache, dann muss diese unverzüglich nachgeholt werden (s. §§ 159 Abs. 3 S. 2, 160 Abs. 4, 205 Abs. 1 S. 2, 213 Abs. 1 S. 2). § 51 Abs. 2 S. 2 ist auch auf die Termine nach §§ 155 Abs. 2, 207 anwendbar; sie gilt damit auch für die Familienstreitverfahren sowie in Kindschaftsachen (trotz § 155 Abs. 2) oder in Wohnungszuweisungs- und Hausratssachen (trotz § 207). In **Unterhaltsverfahren** ist die Sondervorschrift des § 246 Abs. 2 zu beachten: Eine einstweilige Anordnung soll unter den dortigen Voraussetzungen nur auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen werden.

Das Gericht entscheidet durch Beschluss (§§ 51 Abs. 2 S. 1, 38 Abs. 1 S. 1); S. 3 schliesst eine **Säumnisentscheidung** in jedem Fall und auch dann aus, wenn die für eine entsprechende Hauptsache geltenden Verfahrensvorschriften eine solche grundsätzlich vorsehen. Damit der Antragsgegner nicht durch Säumnis in einem gerichtlich anberaumten Termin die Entscheidung verhindern kann, hat das Gericht auf der Grundlage der vorliegenden Unterlagen in der Sache zu entscheiden; es darf nur nicht die Entscheidung alleine auf die Säumnis stützen.

Abs. 3 S. 1 stellt im Unterschied zur bisherigen Rechtslage ausdrücklich klar, dass das Verfahren der einstweiligen Anordnung nunmehr auch bei Anhängig bzw. Rechtshängigkeit einer Hauptsache ein **selbstständiges Verfahren** ist, nachdem die einstweilige Anordnung jetzt – ähnlich dem Verfügungsverfahren nach §§ 916 ff, 935 ZPO – unabhängig von einer Hauptsache eingeleitet und geführt werden darf.

S. 2 erlaubt es dem Gericht, von einzelnen Verfahrenshandlungen im Hauptsacheverfahren abzusehen, wenn diese bereits im Verfahren der einstweiligen Anordnung vorgenommen wurden, und wenn von einer erneuten Vornahme keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind. Diese **Übertragung von Verfahrensergebnissen** aus einem **summarischen Verfahren** in ein **Hauptsacheverfahren** dient der Verfahrensökonomie. So ist etwa eine zwingende persönliche Anhörung im Hauptsacheverfahren nicht zu wiederholen, wenn sie bereits im Anordnungsverfahren stattgefunden hat, sofern der Anzuhörende nach Überzeugung des Gerichts den Sachverhalt bereits umfassend dargelegt hat. Eine entsprechende Befugnis zur Übernahme von Verfahrensschritten findet sich im Beschwerderecht

(§ 68 Abs. 3) für Verfahrenshandlungen des Erstgerichts. Die dortige Vorschrift ist allerdings weiter als S. 2, denn sie erfasst auch Termine und mündliche Verhandlungen. Auf diese soll jedoch, sofern sie gesetzlich vorgeschrieben sind, in einem erstinstanzlichen Hauptsacheverfahren nicht verzichtet werden, insbesondere in Kindschaftssachen (s. § 155 Abs. 2 S. 1).

Nachdem die Entscheidung in einem Anordnungsverfahren wegen dessen verfahrensrechtlicher Selbstständigkeit nunmehr eine Endentscheidung darstellt, ordnet Abs. 4 an, dass für die – anders als nach bisherigem Recht (vgl. § 620 g ZPO) – nunmehr notwendige **Kostenentscheidung** im **Anordnungsverfahren** die diesbezüglichen **allgemeinen Vorschriften** gelten; damit wird auf die §§ 80 f verwiesen: Das Gericht kann nach § 81 Abs. 1 die Kosten nach billigem Ermessen verteilen, wobei in Familiensachen stets eine Kostenentscheidung erforderlich ist. Kann allerdings in einer entsprechenden Hauptsache von einer Kostenentscheidung abgesehen werden, dann gilt dies auch im Anordnungsverfahren.

§ 52 – Einleitung des Hauptsacheverfahrens

(1) Ist eine einstweilige Anordnung erlassen, hat das Gericht auf Antrag eines Beteiligten das Hauptsacheverfahren einzuleiten. Das Gericht kann mit Erlass der einstweiligen Anordnung eine Frist bestimmen, vor deren Ablauf der Antrag unzulässig ist. Die Frist darf drei Monate nicht überschreiten.

(2) In Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden, hat das Gericht auf Antrag anzuordnen, dass der Beteiligte, der die einstweilige Anordnung erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens oder Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Hauptsacheverfahren stellt. Die Frist darf drei Monate nicht überschreiten. Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, ist die einstweilige Anordnung aufzuheben.

1. Strukturen der Norm

§ 52 klärt das **Verhältnis des Anordnungsverfahrens zum Hauptsacheverfahren**. Das FamFG hat die Abhängigkeit des Anordnungsverfahrens von einem akzessorischen Hauptsacheverfahren als in der Praxis nicht ökonomisch aufgegeben: Nunmehr steht das Anordnungsverfahren als selbstständiges Verfahren neben einem Hauptsacheverfahren mit dem Ziel, ein Hauptsacheverfahren zu vermeiden: Sind alle Beteiligten mit der einstweiligen Regelung im Anordnungsver-

fahren einverstanden, dann ist ein Hauptsacheverfahren in aller Regel nicht mehr notwendig.

Da jedoch eine einstweilige Anordnung innerhalb eines summarischen Verfahrens nur vorläufig regelt, stellt das Gesetz ein Hauptsacheverfahren jedenfalls in denjenigen Fällen sicher, in denen eine oder beide durch die einstweilige Anordnung in ihren Rechten beeinträchtigte Partei/en mit dem Inhalt der vorläufigen Entscheidung nicht einverstanden ist/sind und die Streitigkeit mit besseren Erkenntnismöglichkeiten und höherem richterlichen Überzeugungsgrad abschließend und endgültig klären wollen.

In systematischer Hinsicht regelt § 52 Abs. 1 den Antrag auf Einleitung eines Hauptsacheverfahrens in **Amtsverfahren** und § 52 Abs. 2 in **Antragsverfahren**. Beide **Rechtsbehelfe** stehen **nebeneinander** zur Verfügung.

2. Amtsverfahren (§ 52 Abs. 1)

Abs. 1 bestimmt für **Amtsverfahren** die Modalitäten zur Einleitung des Hauptsacheverfahrens: Das Gericht kann auch ohne Antrag eines Beteiligten das Hauptsacheverfahren eröffnen, wenn dazu Veranlassung besteht;⁹ es soll jedoch zunächst die Wirkungen der einstweiligen Anordnung und insbesondere die Reaktionen der Beteiligten abwarten.

Nach S. 1 muss das Gericht in Amtsverfahren auf **Antrag** eines Beteiligten in einem Anordnungsverfahren das Hauptsacheverfahren einleiten; über dieses Antragsrecht ist gem § 39 zu befehlen.

S. 2 gestattet es dem Gericht, in der einstweiligen Anordnung, also mit deren Erlass eine **Wartefrist** für das Hauptsacheverfahren zu bestimmen, vor deren Ablauf der Antrag nach S. 1 unzulässig ist, damit die Beteiligten nicht vorschnell in das Hauptsacheverfahren drängen;¹⁰ nach der ratio legis ist daher regelmässig im Anordnungsbeschluss eine Frist zu setzen. Ist das Gericht allerdings bereits bei Erlass der einstweiligen Anordnung entschlossen, das Hauptsacheverfahren einzuleiten, wird die Fristsetzung regelmässig unterbleiben.¹¹ Nach dem Wortlaut der Norm ist eine Fristsetzung nach Erlass des Beschlusses ausgeschlossen, sollte jedoch aus prozessökonomischen Gründen als zulässig anzusehen sein.

S. 3 begrenzt die Wartefrist auf **höchstens drei Monate**. Sie beginnt – soweit das Gericht keinen ausdrücklichen Zeitpunkt bestimmt hat – mit dem Wirksamwerden der Entscheidung, also in der Regel mit der

⁹ So im Ergebnis BT-Dr. 16/6308 S. 201

¹⁰ BT-Dr. 16/6308 S. 201

¹¹ BT-Dr. 16/6308 S. 201

Bekanntgabe durch Zustellung. Sie ist individuell zu bestimmen, so dass bei mehreren Beteiligten unterschiedliche Fristenläufe möglich sind. Die Frist sollte sich daran orientieren, wie stark die einstweilige Anordnung die Rechte der Beteiligten berührt: Je schwerwiegender sie in die Rechte eines Beteiligten eingreift, um so kürzer sollte die Frist bemessen werden.¹²

Ein vor Ablauf der gesetzten Frist gestellter Antrag auf Einleitung der Hauptsache ist als unzulässig zu verwerfen, da die Wartefrist einen vorschnellen Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens unterbinden soll. Es ist daher nach Fristablauf ein erneuter Antrag zu stellen oder – wenn und soweit der verfrühte Antrag noch nicht verbeschieden ist – dem Gericht mitzuteilen, dass an dem verfrüht gestellten Antrag weiterhin festgehalten wird.

3. Antragsverfahren (§ 52 Abs. 2)

Abs. 2 bestimmt für **Antragsverfahren** einen Mechanismus zur Herbeiführung des Hauptsacheverfahrens, der sich weitgehend an die für Arrest und einstweilige Verfügung geltende Vorschrift des §§ 936, 926 ZPO anlehnt.

Nach **S. 1** muss das Gericht auf **Antrag** eines Beteiligten, der durch die einstweilige Anordnung in seinen Rechten beeinträchtigt ist,¹³ gegenüber demjenigen, der die einstweilige Anordnung erwirkt hat, anordnen, dass er die **Einleitung des Hauptsacheverfahrens** oder die **Gewährung von Verfahrenskostenhilfe** (§§ 76 ff) hierfür beantragt. Das Gericht hat hierzu eine **Frist** zu bestimmen, die sich an den Umständen des Einzelfalls zu orientieren hat. Eine solche Fristsetzung von Amts wegen scheidet in den Antragsverfahren aus. Dem Antragsteller, der die einstweilige Anordnung erwirkt hat, steht naturgemäss kein gegen sich selbst wirkendes Antragsrecht zu.

Die nach **S. 1** zu setzende Frist darf nach **S. 2 drei Monate** nicht überschreiten. Sie ist – wenn und soweit das Gericht keinen ausdrücklichen Zeitpunkt bestimmt – ab dem Zeitpunkt der Zustellung des Beschlusses, der die Fristsetzung beinhaltet, zu bemessen und sollte angesichts der Schwere des Eingriffs in den antragsabhängigen Familienstreitsachen regelmässig deutlich kürzer als drei Monate ausfallen.¹⁴

Folgt die aus der einstweiligen Anordnung berechtigte Partei dieser Anordnung nach **S. 2** nicht fristgerecht, dann ist die einstweilige Anordnung nach **S. 3 zwingend** mit Wirkung ex tunc aufzuheben; damit entfällt auch Grundlage etwaiger bisheriger Vollstreckungsmassnahmen.¹⁵ Das Gericht hat die Aufhebung der einstweiligen Anordnung durch **unanfechtbaren Beschluss** auszusprechen.¹⁶

4. Ersatzansprüche wegen sachlich nicht gerechtfertigter einstweiliger Anordnungen

§ 52 hat große Bedeutung für **Ersatzansprüche** wegen **sachlich nicht gerechtfertigter einstweiliger Anordnungen**. Grundsätzlich gilt im summarischen Rechtsschutz die Schadensersatzpflicht des § 945 ZPO: Sie ist in Familienstreitsachen nach § 112 Nr. 2 und 3 über § 119 Abs. 1 S. 2 entsprechend anwendbar, also für die einstweilige Anordnung in Güterrechtssachen (§ 112 Nr. 2 iVm § 261 Abs. 1 oder § 269 Abs. 1 Nr. 9) und in sonstigen Familiensachen (§ 112 Nr. 3 iVm §§ 261 Abs. 2, 269 Abs. 2). Für den gem § 119 Abs. 2 S. 1 weiterhin zulässigen Arrest gilt die Schadensersatzvorschrift des § 945 ZPO direkt.

Ersatzansprüche wegen einer sachlich nicht gerechtfertigten einstweiligen Anordnung über Unterhalt gewährt das Gesetz nur im Sonderfall des § 248 Abs. 5 S. 2 (einstweilige Anordnung bei Feststellung der Vaterschaft): Wird der Antrag auf Feststellung der Vaterschaft zurückgenommen oder rechtskräftig zurückgewiesen, und tritt dadurch die einstweilige Anordnung ausser Kraft, hat derjenige, der die einstweilige Anordnung erwirkt hat, dem Mann den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der einstweiligen Anordnung entstanden ist. Ausserhalb dieser Norm regelt das Gesetz die Durchsetzung von Ansprüchen auf Rückforderung überzahlten Unterhalts nicht.

Bislang führte die Rechtshängigkeit einer auf Herabsetzung bzw. Wegfall des Unterhalts gerichtete Abänderungsklage bzw. einer Vollstreckungsgegenklage des Unterhaltsschuldners (als Bereicherungsgläubiger) bezüglich der **Rückforderung überzahlten Unterhalts**¹⁷ nicht per se zu einer verschärften Haftung des Unterhaltsgläubigers (als Bereicherungsschuldner des überzahlten Unterhalts); vielmehr stand einem Rückzahlungsanspruch § 818 Abs. 3 BGB entgegen, wonach der gutgläubig Bereicherte, der das rechtsgrundlos Empfangene im Vertrauen auf das Fortbestehen des Rechtsgrundes verbraucht hat, nicht über den Betrag der bestehen gebliebenen Bereicherung hinaus zur Herausgabe oder zum Wertersatz verpflichtet werden sollte. Bei einer Überzahlung von Unterhalt kommt es daher nach der Rechtsprechung des BGH darauf an, ob der Empfänger die Beträge restlos für seinen Lebensbedarf verbraucht oder sich noch in seinem Vermögen vorhandene Werte – auch in Form anderweitiger Ersparnisse, Anschaffungen oder Tilgung eigener

12 BT-Dr. 16/6308 S. 201

13 BT-Dr. 16/6308 S. 201, vgl. auch § 59 Abs. 1

14 So auch Schürmann FamRB 2008, 375, 380

15 Schürmann FamRB 2008, 375, 380

16 BT-Dr. 16/6308 S. 201

17 Hierzu ausführlich Bute FuR 2006, 193

Schulden – verschafft hat.¹⁸ Für den Unterhaltsgläubiger, der den Wegfall der Bereicherung zu beweisen hat, hat der BGH darüber hinaus Beweiserleichterungen geschaffen, wenn aus der Überzahlung in der fraglichen Zeit keine besonderen Rücklagen oder Vermögensvorteile gebildet wurden: Insbesondere bei unteren und mittleren Einkommen spricht dann nach der Lebenserfahrung eine Vermutung dafür, dass das Erhaltene für die Verbesserung des Lebensstandards ausgegeben wurde, ohne dass der Bereicherte einen besonderen Verwendungsnachweis erbringen musste.¹⁹

Der Einwand der Entreicherung ist nur dann mit Sicherheit versperrt, wenn der Unterhaltsgläubiger **verschärft haftet** (§§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB), also Kenntnis vom Fehlen des Rechtsgrunds der Unterhaltsleistung und der sich daraus ergebenden Folgen hat. Diese positive Kenntnis wurde nach ständiger Rechtsprechung des BGH weder durch ein Abänderungsverfahren gem § 323 ZPO ausgelöst, noch durch einen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung. Um verschärfte Haftung des Unterhaltsgläubigers herbeizuführen, so dass dieser sich nicht mehr auf den Entreichungseinwand des § 818 Abs. 3 BGB berufen konnte, musste der Abänderungskläger zusätzlich zur Abänderungsklage einen gesonderten (bereicherungsrechtlichen) Leistungsantrag stellen (sog. Bereicherungs- oder Rückforderungsklage). Auch wenn diese Klage bereits als Hilfsklage Bösgläubigkeit setzte, war es doch immer ein kompliziertes und aufgeblähtes Verfahren.

Das gleiche Problem stellt sich, wenn eine Unterhaltsanordnung (als **vorläufige Vollstreckungsmöglichkeit**) im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens bekämpft wird. Wird per einstweiliger Anordnung zu hoher Unterhalt tituliert, muss der Antragsgegner, der die Herabsetzung des Unterhalts begehrt, bei anhängiger Leistungsklage hilfsweise Bereicherungswiderklage (als Rückforderungsklage) erheben, ansonsten negative Feststellungsklage mit darauf folgender Erledigung der Hauptsache, falls sodann Leistungsklage erhoben wurde.

Nunmehr kann der Unterhaltsschuldner, wenn er überzahlte Unterhaltsbeträge zurückverlangen will, sowohl die **Einleitung des Hauptsacheverfahrens** (§ 52) als auch die **Aufhebung bzw. Abänderung der einstweiligen Anordnung** (§ 54) anstreben, muss aber nach wie vor einen **Antrag** (vgl. § 113 Abs. 5 Nr. 2) auf **Rückzahlung** stellen, um die verschärfte Haftung des Unterhaltsgläubigers nach § 818 Abs. 4 BGB herbeizuführen. Zwar steht nunmehr mit dem Antrag nach § 52 ein einfacherer, schnellerer Weg als die negative Feststellungsklage zur Verfügung; dennoch sollte die Rechtsprechung in solchen Fällen aus Gründen der Prozessökonomie **§ 241 analog** anwenden:²⁰ Der Gesetzgeber war bestrebt, mit dem FamFG ein vereinfachtes, prozessökonomisches Verfahren zu schaffen. Hätte er die Problematik der Rückforderung überzahl-

ten Unterhalts auch in summarischen Verfahren erkannt, hätte er auch insoweit auf § 241 verwiesen.

Nach § 241 (»verschärfte Haftung«) steht die Rechtshängigkeit eines auf Herabsetzung gerichteten Abänderungsantrags bei der Anwendung des § 818 Abs. 4 BGB der Rechtshängigkeit einer Klage auf Rückzahlung der geleisteten Beträge gleich. Mit dieser neu eingeführten Vorschrift hat der Gesetzgeber eine bislang sehr missliche Situation entschärft, gewisse Unterhaltsverfahren vereinfacht und in gewissem Umfang auch zur Kostenersparnis beigetragen.

Gem. § 241 ist jetzt nur noch ein einziges Verfahren notwendig: Künftig genügt bereits die Rechtshängigkeit eines auf Herabsetzung gerichteten Abänderungsantrags, um die verschärfte Haftung nach § 818 Abs. 4 BGB auszulösen, so dass bereits mit der Rechtshängigkeit eines auf Herabsetzung gerichteten Abänderungsantrags der Unterhaltsgläubiger gem § 818 Abs. 4 BGB nach den allgemeinen Vorschriften haftet, womit insbesondere § 291 BGB (Prozesszinsen) und § 292 BGB (Haftung bei Herausgabepflicht) gemeint sind, und sich nicht mehr auf den Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen kann. Es bedarf also nicht mehr der Klage auf Rückzahlung²¹ – eine erhebliche Erleichterung bei der Prozessführung, nachdem nunmehr § 241 den Abänderungsantrag der Rückzahlungsklage gleichsetzt.

Maßgebend ist nunmehr in beiden Fällen der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit; für die davorliegende Zeit bleibt dem Unterhaltsgläubiger der Entreichungseinwand erhalten. Einer Rückzahlung der zwischen Herabsetzungsverlangen und Rechtshängigkeit geleisteten oder im Wege der Zwangsvollstreckung beigetriebenen Beträge steht in der Regel die Leistungsunfähigkeit des Empfängers entgegen. § 241 benachteiligt den Unterhaltsgläubiger nicht, da der Erfolg der verschärften Haftung auch bislang in jedem Fall durch einen Leistungsantrag herbeigeführt werden konnte.

§ 53 – Vollstreckung

(1) Eine einstweilige Anordnung bedarf der Vollstreckungsklausel nur, wenn die Vollstreckung für oder gegen einen anderen als den in dem Beschluss bezeichneten Beteiligten erfolgen soll.

18 BGH in ständiger Rechtsprechung, zuletzt BGHZ 118, 383, 390; BGH FamRZ 1998, 951; 2000, 751; BGHZ 175, 182 = FamRZ 2008, 968 = FuR 2008, 297; 177, 356 = FamRZ 2008, 1911 = FuR 2008, 542

19 BGHZ 143, 65, 69 = FamRZ 2000, 751; s. auch BGH vorstehend

20 So auch Rossmann ZFE 2008, 245, 248 ff

21 So zum geltenden Recht noch BGH in ständiger Rechtsprechung, zuletzt BGHZ 175, 182 = FamRZ 2008, 968 = FuR 2008, 297; 177, 356 = FamRZ 2008, 1911, 1919 = FuR 2008, 542

(2) Das Gericht kann in Gewaltschutzsachen sowie in sonstigen Fällen, in denen hierfür ein besonderes Bedürfnis besteht, anordnen, dass die Vollstreckung der einstweiligen Anordnung vor Zustellung an den Verpflichteten zulässig ist. In diesem Fall wird die einstweilige Anordnung mit Erlass wirksam.

Eine Entscheidung in einem Anordnungsverfahren wird formell, nicht aber materiell **rechtskräftig**,²² mangels materieller Rechtskraft ist demzufolge rückwirkende Aufhebung/Änderung der Entscheidung möglich.²³ Beschlüsse sind grundsätzlich mit dem Eintritt ihrer Wirksamkeit sogleich vollstreckbar (§ 86 Abs. 2). Ein Beschluss wird mit seiner Bekanntgabe an den Beteiligten, für den er seinem wesentlichen Inhalt nach bestimmt ist, wirksam (§ 40 Abs. 1). Es bedarf daher weder einer Vollstreckbarerklärung noch der Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit (s. § 86).

Abs. 1 übernimmt im Interesse der Verfahrensbeschleunigung die Regelung des § 929 Abs. 1 ZPO für alle Fälle der einstweiligen Anordnung: Danach bedarf eine einstweilige Anordnung einer **Vollstreckungsklausel** nur dann, wenn die Vollstreckung für oder gegen eine nicht in dem Beschluss bezeichnete Person erfolgen soll. Die Vorschrift führt zu einem Wegfall der Klauselpflicht bei der Vollstreckung der in § 86 genannten Verpflichtungen, sofern gegen denjenigen vollstreckt wird, der in dem Beschluss bezeichnet wird. Soweit es nach §§ 88 ff ohnehin keiner Vollstreckungsklausel bedarf, verbleibt es hierbei auch für den Fall der Vollstreckung gegen eine im Beschluss nicht bezeichnete Person: Abs. 1 will in Anlehnung an § 929 Abs. 1 ZPO die Klauselpflicht lediglich einschränken, nicht aber erweitern.

Die Vollstreckungsklausel ist nach neuem Recht demnach auch dann nicht erforderlich, wenn sie nach § 86 Abs. 3 entbehrlich ist, da die Klauselpflicht lediglich eingeschränkt und nicht erweitert werden soll. Zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung entfällt somit regelmässig das Erfordernis der Erteilung der Vollstre-

ckungsklausel. Der Inhalt der Vollstreckungsklausel ergibt sich aus § 725 ZPO. Die Vollstreckungsklausel wird grundsätzlich von dem Urkundesbeamten der Geschäftsstelle auf die Ausfertigung des Beschlusses – Urteile gibt es künftig nicht mehr – gesetzt, womit dann eine vollstreckbare Ausfertigung vorliegt (§ 724 ZPO).

Abs. 2 S. 1 gestattet in Gewaltschutzsachen sowie in sonstigen Fällen, in denen hierfür ein besonderes Bedürfnis besteht, dass die Zulässigkeit der Vollstreckung der einstweiligen Anordnung bereits vor ihrer Zustellung an den Verpflichteten gerichtlich angeordnet wird. Dies entspricht § 64 b Abs. 3 S. 3 FGG für einstweilige Anordnungen in Gewaltschutzsachen; der Anwendungsbereich wird jedoch auf weitere Fälle, in denen hierfür ein besonderes Bedürfnis besteht, erweitert (etwa einstweilige Anordnungen wegen Herausgabe eines Kindes oder Freiheitsentziehung). In derartigen Fällen wird die einstweilige Anordnung dann gem § 53 Abs. 2 S. 2 stets mit ihrem Erlass wirksam (dies war bislang § 64 b Abs. 3 S. 4 FGG nur der Fall, wenn die einstweilige Anordnung ohne mündliche Verhandlung erlassen wurde).

S. 2 ordnet für die Fälle des S. 1 eine Vorverlagerung des Zeitpunkts an, zu dem die Wirksamkeit des Beschlusses über die einstweilige Anordnung eintritt. Dies ist erforderlich, da dessen Wirksamkeit Voraussetzung für die Vollstreckung ist. Im Unterschied zu § 64 b Abs. 3 S. 4 FGG tritt diese Rechtsfolge in jedem Fall einer Anordnung nach S. 1 ein, nicht nur im Falle des Erlasses der einstweiligen Anordnung ohne mündliche Verhandlung.

■ *Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe der FuR fortgesetzt.*

Michael Klein, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht, Regensburg

²² S. Vorwerk FPR 2009, 8

²³ S. Schürmann FamRB 2008, 375, 379 mN