

d) Zuständigkeitskonflikte zwischen mehreren Gerichten werden nach § 5 FamFG regelt. Die Norm übernimmt im Wesentlichen den bisherigen § 5 FGG²² und nimmt eine Angleichung an § 36 ZPO vor. § 5 FGG war allerdings im Bereich der Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Streit über die örtliche Zuständigkeit bisher nicht anwendbar, sondern § 36 ZPO.²³ Nachdem in § 5 FamFG eine Beschränkung auf Streit oder Unwissenheit über die örtliche Zuständigkeit – wie bisher in § 5 Abs. 1 S. 1 FGG – nicht mehr enthalten ist, dürfte die Vorschrift nunmehr auch bei einer Bestimmung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit anzuwenden sein.

§ 5 Abs. 1 Nr. 1 FamFG entspricht § 5 Abs. 1 S. 2 FGG und erfasst die Tatbestände der tatsächlichen Verhinderung an der Ausübung des Richteramtes (Erkrankung, Tod, Ausschluss vom Richteramt, erfolgreiche Ablehnung). Die Vorschrift dürfte praktisch keine große Bedeutung erlangen.

§ 5 Abs. 1 Nr. 2–4 FamFG ergänzen und konkretisieren den bisherigen § 5 Abs. 1 S. 2 FGG. Nr. 2, 1. Altern. (»mit Rücksicht auf die Grenzen der verschiedenen Rechtsbezirke«) übernimmt die Regelung in § 36 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, die 2. Alt. regelt den Fall der Ungewissheit aus sonstigen tatsächlichen Gründen. Nr. 3 regelt ausdrücklich den positiven Kompetenzkonflikt, wenn sich verschiedene Gerichte rechtskräftig für unzuständig erklärt haben. Die Vorschrift entspricht § 36 Nr. 5 ZPO.

Nr. 4 betrifft den negativen Kompetenzkonflikt und entspricht § 36 Nr. 6 ZPO. Danach setzt die Bestimmung des zuständigen Gerichts voraus eine Zustellung oder Mitteilung der Antragschrift,²⁴ die die Rechtshängigkeit herbeiführt. In FGG-Familiensachen scheidet eine Zuständigkeitsbestimmung aus, wenn die Antrags-

schrift noch nicht mitgeteilt worden ist und sämtliche Beteiligte angehört worden sind.²⁵ Weitere Voraussetzungen sind rechtskräftige Entscheidungen, wozu auch eine Verweisung nach § 281 ZPO²⁶ gehört. Nicht ausreichend sind interne, den Parteien nicht bekannt gegebene Verfügungen sowie Aktenabgaben.²⁷ Weitere Voraussetzung ist die Zuständigkeit eines der Gerichte.²⁸

Nr. 5 regelt die Abgabe aus wichtigem Grund, wenn sich die Parteien nicht einigen können und entspricht § 46 Abs. 2 S. 1 FGG.

§ 5 Abs. 2 FamFG ist angelehnt an § 5 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. FGG und entspricht § 36 Abs. 2 ZPO. Danach erfolgt die Zuständigkeitsbestimmung – sofern das nächst höhere gemeinsame Gericht der BGH ist – durch das OLG, zu dessen Bezirk das zuerst mit der Sache befasste Gericht gehört.

Der Beschluss des die Zuständigkeit bestimmenden Gerichts ist nicht anfechtbar. § 5 Abs. 3 FamFG entspricht § 5 Abs. 2 FGG. Die Vorschrift dürfte – wie § 36 ZPO – auch in PKH/Verfahrenskostenhilfe-Verfahren gelten.²⁹

*Dieter Büte, Vors. Richter am OLG,
Bad Bodenteich/Celle*

22 Vgl. dazu auch OLG Köln FamRZ 2008, 1547; OLG Brandenburg FamRZ 2008, 616

23 BGH NJW 1988, 2739; BayObLG FamRZ 2001, 775; 2003, 315

24 BGH NJW-RR 1993, 130

25 BGH NJW-RR 1995, 514

26 Zur Bindungswirkung vgl. BGH NJW-RR 2002, 2474; NJW 03, 2919

27 BGH NJW-RR 1992, 1154

28 BGH NJW 1995, 534

29 BGH FamRZ 1991, 1172; OLG Dresden NJW 2005, 3151

Prof. Dr. Kai Schulte-Bunert

Die Vollstreckung von verfahrensleitenden gerichtlichen Anordnungen nach § 35 FamFG

A. Einführung

Die Vorgängervorschrift zu § 35 FamFG (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)¹ ist § 33 FGG². In § 35 FamFG sind als Zwangsmittel das Zwangsgeld, die Zwangshaft und Maßnahmen nach §§ 883, 886,

887 ZPO vorgesehen. Dabei handelt es sich nicht um strafrechtliche Sanktionen. Vielmehr sind es grundsätzlich **Beugemittel** zur Erzwingung einer gerichtlichen Anordnung. Dadurch soll ein entgegenstehender Wille des Verpflichteten gebeugt werden.³

1 Das FamFG stellt den Art. 1 des insgesamt 112 Artikel umfassenden FGG-RG (Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) dar und tritt am 1. 9. 2009 in Kraft

2 Vgl. dazu hinsichtlich der Vollstreckung in Familiensachen: Schulte-Bunert FuR 2005, 200 f; FPR 2008, 397 f mwN und ausführlich: Lotz, Die Vollstreckung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Baden-Baden 2006

3 So zu § 33 FGG: BayObLG Rpfleger 1997, 476, 477; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl., München 1983, § 3712

§ 35 FamFG regelt die zwangsweise Durchsetzung von **verfahrensleitenden** gerichtlichen Anordnungen in Familiensachen (z. B. hinsichtlich der Auskunftspflicht im Rahmen des Versorgungsausgleichs nach § 220 FamFG) und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z. B. bezüglich der Anordnung zur Ablieferung von Testamenten nach § 358 FamFG). Die Vollstreckung verfahrensabschließender Entscheidungen (z. B. eines Festsetzungsbeschlusses im vereinfachten Unterhaltsfestsetzungsverfahren nach § 253 FamFG, eines Kostenfestsetzungsbeschlusses nach § 85 FamFG iVm §§ 104, 105 ZPO, eines gerichtlich gebilligten Vergleichs nach § 156 Abs. 2 FamFG oder eines gerichtlichen Vergleichs nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) ist hingegen in §§ 86 f FamFG normiert und nicht Gegenstand der folgenden Abhandlung.

Vorrangig sind etwaige **Spezialbestimmungen** zum Einsatz von Zwangsmitteln zu beachten wie z. B. in §§ 388–392 FamFG (Zwangsgeldverfahren in Registersachen), § 1788 BGB (Zwangsgeld zur Übernahme der Vormundschaft) sowie § 1837 Abs. 3 BGB (Zwangsgeld gegenüber Vormund zur Befolgung gerichtlicher Anordnungen). In diesen Fällen ist § 35 FamFG nicht anzuwenden, da ein Gesetz iSv § 35 Abs. 1 S. 1 FamFG etwas anderes bestimmt, und es kommen keine Anordnungen von Zwangshaft⁴ oder Maßnahmen nach §§ 883, 886, 887 ZPO in Betracht.

Im Folgenden werden zunächst die einzelnen Zwangsmittel (B.) dargestellt, bevor ein Blick auf das Verfahren (C.) und die Rechtsbehelfe (D.) geworfen wird.

B. Zwangsmittel

I. Zwangsgeld

1. Voraussetzungen

Voraussetzungen für die Festsetzung von Zwangsgeld sind:

- gerichtliche Anordnung
- Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Handlung
- schuldhafter Verstoß
- Hinweis.

a) Gerichtliche Anordnung

Zunächst bedarf es einer gerichtlichen Anordnung. Somit reicht eine sich **allein aus dem Gesetz ergebende Regelung** wie z. B. die Verpflichtung, ein Testament nach § 2259 Abs. 1 BGB abzuliefern, nicht für die Festsetzung eines Zwangsgeldes. Erforderlich ist vielmehr die entsprechende gerichtliche Anordnung nach § 358 FamFG.

Die Vollstreckung richtet sich auch nach § 35 FamFG, wenn die verfahrensleitende Entscheidung in der Form eines Beschlusses ergangen ist. Dann handelt es sich nicht um einen Beschluss iSd § 86 Abs. 1 Nr. 1 FamFG, da dieser nur verfahrensabschließende Entscheidungen erfasst. Desgleichen sind notwendige Eintragungen in ein **öffentliches Register** – z. B. Personenstands- oder Handelsregister – einer Vollstreckung nach § 35 FamFG nicht zugänglich, da die Eintragung durch das Gericht selbst erfolgt und die Aufforderung zur Eintragung sich an das Gericht richtet, nicht jedoch an eine konkrete Person. Zudem muss die gerichtliche Anordnung **vollzugsfähig**, d. h. hinreichend bestimmt und wirksam sein. Die Anordnung muss zu ihrer Bestimmtheit aus sich heraus eindeutig gefasst sein, sodass der Verpflichtete genau erkennen kann, welches Verhalten von ihm verlangt wird. Dementsprechend muss z. B. dem Verpflichteten im Versorgungsausgleichsverfahren genau mitgeteilt werden, welche Auskünfte von ihm im Rahmen von § 220 FamFG verlangt werden. Sofern die gerichtliche Anordnung in der Form eines Beschlusses ergangen ist, wird dieser mit der Bekanntgabe an den Beteiligten, für den er seinem wesentlichen Inhalt nach bestimmt ist, wirksam gemäß § 40 Abs. 1 FamFG, wobei sich die Bekanntgabe nach § 41 FamFG richtet. Da es sich hierbei aber nicht um eine Endentscheidung iSv § 38 Abs. 1 S. 1 FamFG handelt, ist als Entscheidungsform grundsätzlich die gerichtliche Verfügung gegeben – die Beschlussform ist lediglich für die Festsetzung/Anordnung von Zwangsmitteln vorgeschrieben –. Die Bekanntgabe richtet sich nach § 15 FamFG. Die Bekanntgabe durch Zustellung oder Aufgabe zur Post ist grundsätzlich erforderlich, wenn in der Anordnung eine Termins- oder Fristbestimmung enthalten ist. Es steht zwar im Ermessen des Gerichts, die formlose Mitteilung – z. B. telefonisch oder per E-Mail – zu wählen. Dies bietet sich jedoch bei der Vorbereitung der zwangsweisen Durchsetzung von Verpflichtungen nicht an.

b) Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Handlung

Nach § 35 Abs. 1 FamFG – die Vorschrift orientiert sich an § 33 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 FGG – kann ein Zwangsgeld gegen jemanden durch Beschluss festgesetzt werden, wenn dieser trotz einer gerichtlichen Anordnung seiner Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer **Handlung** nicht nachgekommen ist. Erfasst werden vertretbare (iSd § 887 Abs. 1 ZPO = Handlung, die durch einen Dritten vorgenommen werden kann) und unvertretbare Handlungen (iSd § 888 Abs. 1 S. 1 ZPO = Handlung, die nicht durch einen Dritten vorgenommen werden kann und ausschließlich vom Willen des Verpflichteten abhängt) inklusive der

⁴ BT-Dr. 16/6308 S. 192, 193

Herausgabe der Vorlage von Sachen⁵. Eine gerichtlich angeordnete Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung kann z. B. bestehen hinsichtlich der Vorlage eines Vermögensverzeichnisses nach § 1640 Abs. 1 BGB oder § 1667 Abs. 1 BGB. Die Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen kann hingegen nach § 33 FamFG bei Nichterfüllung mit Ordnungsgeld geahndet werden. Ferner wird die Verpflichtung zur Auskunftserteilung nach § 220 FamFG im Versorgungsausgleichsverfahren der Ehegatten und Versorgungsträger etc. gegenüber dem Gericht nach § 35 FamFG vollstreckt⁶.

Eine Verpflichtung zur **Unterlassung** könnte für den Umgangsberechtigten bezüglich der Fortsetzung einer kinderpsychologischen Untersuchung gerichtlich angeordnet werden⁷. Sofern es um eine negative Umgangsregelung geht, dürfte es sich in der Regel um eine verfahrensabschließende Entscheidung handeln, deren Vollstreckung sich dann nicht aus § 35 FamFG ergibt, sondern aus § 89 FamFG, welcher die Vollstreckung von Entscheidungen über die Herausgabe von Personen und Umgangsregelungen betrifft.

c) *Schuldhafter Verstoß*

Um Zwangsmittel festsetzen bzw. anordnen zu können, bedarf es eines schuldhaften Verstoßes gegen die gerichtliche Anordnung. Zwar ergibt sich das Erfordernis des Verschuldens nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift – anders als bei § 89 Abs. 4 FamFG –. Die Zwangsmittel stellen auch keine Sühne oder Buße für begangenes Unrecht dar, sondern ein Beugemittel, um die Befolgung gerichtlicher Anordnungen zu erzwingen⁸. Dennoch ist es erforderlich, da anderenfalls kein Anlass für den Einsatz von Zwangsmitteln bestünde⁹. Eine Klarstellung im Wortlaut wäre wünschenswert gewesen. Der Verstoß gegen die gerichtliche Anordnung muss somit vorsätzlich oder fahrlässig erfolgen.

d) *Hinweis*

§ 35 Abs. 2 FamFG sieht nunmehr vor, dass in der gerichtlichen Anordnung auf die Folgen der Zuwiderhandlung gegen die Entscheidung, die die Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Handlung anordnet, hinzuweisen ist. Diese Hinweispflicht tritt an die Stelle der bislang notwendigen vorherigen **Androhung** (bisher § 33 Abs. 3 S. 1, 3 FGG), welche **nicht mehr erforderlich** ist. Dementsprechend ist in der gerichtlichen Anordnung auf die möglichen Zwangsmittel hinzuweisen. Anders als bisher kommt ein nachträglicher Hinweis nicht mehr in Betracht. Vielmehr ist der Hinweis in die gerichtliche Anordnung aufzunehmen. Dieser muss die Höhe des beabsichtigten Zwangsgeldes bzw. die Dauer der möglichen Zwangshaft enthalten. Es ist jedoch ausreichend, wenn der Hinweis die Höchstsumme des Zwangsgeldes (25 000 €) und der Zwangshaft (6 Monate) ent-

hält¹⁰. Ferner muss auf die möglichen Maßnahmen nach § 883 ZPO (Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher), § 886 ZPO (Überweisung des Herausgabeanspruchs bei Gewahrsam eines Dritten), § 887 ZPO (Ersatzvornahme) hingewiesen werden, sofern es sich um die Verpflichtung zur Herausgabe oder Vorlage einer Sache oder zur Vornahme einer vertretbaren Handlung gemäß § 35 Abs. 4 S. 1 FamFG handelt. Zwar ist die Hinweispflicht in § 35 Abs. 2 FamFG enthalten, sodass sie sich systematisch gesehen auf die Verpflichtungen des § 35 Abs. 1 FamFG bezieht, was sich auch aus dem Wortlaut ergibt. Dennoch erstreckt sich die Hinweispflicht auch auf die Verpflichtungen des § 35 Abs. 4 FamFG, da die dort aufgeführten Handlungen ebenfalls unter § 35 Abs. 1 FamFG fallen. Eine Ausnahme gilt jedoch, sofern das Gericht die Maßnahmen nach §§ 883, 886, 887 ZPO nicht neben, sondern anstelle einer Maßnahme nach § 35 Abs. 1 FamFG anordnen möchte. Dann bedarf es keines Hinweises nach § 35 Abs. 2 FamFG, wofür der Wortlaut des § 35 Abs. 4 FamFG spricht (>anstelle einer Maßnahme nach den Absätzen 1, 2<).

2. Festsetzung

Die Regelungen von § 33 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 S. 2, 5 FGG finden sich in § 35 Abs. 3 FamFG wieder. Die Festsetzung erfolgt durch **Beschluss**, § 35 Abs. 1 S. 1 FamFG. Nach § 35 Abs. 3 S. 1 FamFG darf das einzelne Zwangsgeld den Betrag von 25 000 € nicht übersteigen. Die Untergrenze liegt bei 5 €, Art. 6 Abs. 1 S. 1 EGStGB. Hinsichtlich der **Höhe** sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls wie z. B. die Intensität des zu beugenden Willens, der Grad des Verschuldens sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verpflichteten zu berücksichtigen¹¹.

Nach § 35 Abs. 3 S. 2 FamFG hat das Gericht dem Verpflichteten mit der Festsetzung des Zwangsmittels zugleich die **Kosten** des Verfahrens aufzuerlegen.

Die **wiederholte Festsetzung** des Zwangsgeldes wegen derselben Verpflichtung ist möglich. Das setzt aller-

⁵ Vgl. BT-Dr. 16/6308 S. 193

⁶ Vgl. hinsichtlich eines ausländischen Versorgungsanrechts: OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1758; des Weiteren fällt hierunter z. B. die Verpflichtung zur Herausgabe einer Betreuungsverfügung oder der Abschrift einer Vorsorgevollmacht nach § 285 FamFG, zur Ablieferung von Testamenten nach § 358 FamFG, zur Aushändigung von Schriftstücken bzw. Unterlagen bei der Dispache nach §§ 404, 405 Abs. 2 FamFG und zur Antragstellung sowie Verschaffung der notwendigen Unterlagen bei der Zwangsberichtigung des Grundbuchs nach § 82 GBO

⁷ Vgl. OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2000, 52

⁸ OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1550

⁹ So zu § 33 FGG: BayObLG FamRZ 1984, 197 f

¹⁰ Vgl. BayObLG FamRZ 1996, 878, 879

¹¹ BayObLG FamRZ 1993, 823, 825

dings voraus, dass durch die Vollstreckung des ersten Zwangsgeldes versucht wurde, die Befolgung der gerichtlichen Anordnung durchzusetzen.

Jedoch kommt eine Festsetzung nicht mehr in Betracht, wenn **Erledigung** eingetreten ist, also z. B. die Handlung vorgenommen wurde¹² – es sei denn, es ist auch in Zukunft mit Zuwiderhandlungen zu rechnen –, die gerichtliche Anordnung aufgehoben wurde¹³ oder die Zeit zur Erfüllung der Verpflichtung abgelaufen ist¹⁴.

3. Vollstreckung

Die Vollstreckung des Zwangsgeldes richtet sich nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 2 f der Justizbeitreibungsordnung iVm §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 2 lit. B, 3 f der Einforderungs- und Beitreibungsordnung. Die Beitreibung erfolgt durch die Gerichtskasse als Einziehungsbehörde zu Gunsten der Staatskasse. Funktionell zuständig ist der Rechtspfleger gemäß § 31 Abs. 3 RPfG. Beim Zwangsgeld handelt es sich nicht um eine Strafe, sondern um ein Beugemittel. Deshalb kann das Gericht, welches das Zwangsgeld festgesetzt hat, als Vollstreckungsbehörde weder Ratenzahlungen noch Stundungen gewähren. Dies ist nur im Gnadenwege möglich und richtet sich nach den jeweiligen landesrechtlichen Gnadenordnungen. Sofern das Zwangsgeld nicht beigetrieben werden kann, ist die Anordnung von Ersatzzwangshaft unzulässig¹⁵. Einer Vollstreckungsklausel bedarf es nicht. Dies ist nur in den in §§ 53 Abs. 1 (Vollstreckung soll gegen einen anderen als in dem Beschluss bezeichneten Beteiligten erfolgen), 86 Abs. 3 FamFG (Vollstreckung nicht durch das den Titel erlassende Gericht) aufgeführten Fällen erforderlich.

II. Zwangshaft

1. Voraussetzungen

Für die Anordnung von Zwangshaft bedarf es ebenfalls der Erfüllung der zur Festsetzung des Zwangsgeldes erforderlichen Voraussetzungen (gerichtliche Anordnung, Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Handlung, schuldhafter Verstoß, Hinweis). Falls die Beitreibung des Zwangsgeldes nicht möglich ist, kann nach § 35 Abs. 1 S. 2 FamFG **ersatzweise** Zwangshaft angeordnet werden und, sofern ein Zwangsgeld von vornherein keinen Erfolg verspricht z. B. bei vermögenslosen Personen, kann nach § 35 Abs. 1 S. 3 FamFG **originär** Zwangshaft angeordnet werden. Bislang kam die Anordnung von Zwangshaft nach § 33 Abs. 1 S. 2 FGG nur bei der Herausgabe von Personen in Betracht. Nunmehr besteht diese Mög-

lichkeit für alle in § 35 Abs. 1 FamFG aufgeführten Verpflichtungen.

2. Anordnung

Die Anordnung der Zwangshaft hat durch **Beschluss** zu erfolgen. Zwar folgt das nicht aus § 35 Abs. 1 S. 2 FamFG. Jedoch ergibt sich dies auf Grund des dortigen Bezugs zu § 35 Abs. 1 S. 1 FamFG sowie wegen der besonderen Intensität des entsprechenden Grundrechtseingriffs. Ein Nebeneinander von Zwangsgeld und Zwangshaft kommt nicht in Betracht. Stets muss der aus dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG abzuleitende **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** gewahrt werden, was nun auch im Wortlaut der Vorschrift ansatzweise zum Ausdruck kommt. Verhältnismäßig ist eine hoheitliche Maßnahme, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen zur Erreichung des angestrebten legitimen Ziels ist. Demnach ist immer das mildest mögliche Mittel zu wählen. Das mildeste Mittel ist das Zwangsgeld, ein schärferes die Zwangshaft und am schärfsten greift die Gewaltanwendung in die Rechte des Verpflichteten ein, so wenn der Gerichtsvollzieher im Rahmen der Wegnahme einer beweglichen Sache nach § 883 Abs. 1 ZPO bei Widerstand des Verpflichteten nach § 892 ZPO Gewalt anwenden muss, dies notfalls auch mit Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane, § 758 Abs. 3 ZPO. Im Übrigen dürfte es hingegen so sein, dass die Maßnahmen nach §§ 883, 886, 887 ZPO ein milderer Mittel als die Zwangshaft sind. Für die Haftanordnung ist der **Richter** funktionell zuständig nach Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG. Eine Ausnahme nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 RPfG liegt nicht vor.

3. Vollzug

In § 35 Abs. 3 S. 3 FamFG wird für den Haftvollzug auf die §§ 901 S. 2, 904–906, 909, 910, 913 ZPO verwiesen. Voraussetzung ist somit der Erlass eines Haftbefehls gemäß § 901 S. 2 ZPO durch den Richter. Die Verhaftung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher nach § 909 Abs. 1 S. 1 ZPO. Dieser erhält seinen Verhaftungsauftrag vom Gericht. Er ist gemäß § 758 Abs. 3 ZPO befugt, sich der Hilfe der Polizei zu bedienen, wenn der zu Verhaftende Widerstand leistet. Die Haftdauer beträgt mindestens einen Tag (Art. 6 Abs. 2 S. 1 EGStGB) und maximal 6 Monate nach § 913 S. 1 ZPO. Wenn die 6 Monate insgesamt nicht überschritten werden, ist eine erneute Haftanordnung wegen derselben Verpflichtung zulässig.

12 OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1550
 13 OLG Köln FamRZ 2002, 111
 14 Vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 2097
 15 BayObLG NJW-RR 1995, 138, 139

III. Maßnahmen nach §§ 883, 886, 887 ZPO

1. Voraussetzungen

Neu ist die Bestimmung des § 35 Abs. 4 FamFG, wonach neben oder anstelle von Zwangsgeld/Zwangshaft die Möglichkeit der Vollstreckung zur Herausgabe beweglicher Sachen nach § 883 ZPO, der Herausgabe bei Gewahrsam eines Dritten nach § 886 ZPO oder der Ersatzvornahme bei vertretbaren Handlungen iSv § 887 ZPO vorhanden ist. Voraussetzung ist das Bestehen einer Verpflichtung zur Herausgabe oder Vorlage einer Sache oder zur Vornahme einer vertretbaren Handlung wie z. B. der Erstellung eines Vermögensverzeichnisses nach § 1640 BGB oder nach § 1802 BGB. Die weiteren Voraussetzungen zur Festsetzung des Zwangsgeldes (gerichtliche Anordnung, schuldhafter Verstoß, Hinweis) müssen erfüllt sein, wenn die Maßnahmen nach § 35 Abs. 4 FamFG neben Maßnahmen nach § 35 Abs. 1 FamFG angeordnet werden sollen. Sie sind jedoch entbehrlich, falls ausschließlich Maßnahmen nach § 35 Abs. 4 FamFG angeordnet werden sollen. Vor einer Entscheidung ist der Verpflichtete zu hören, § 35 Abs. 4 S. 2 iVm § 891 S. 2 ZPO. Unterlassungsverpflichtungen oder Verpflichtungen zur Vornahme von unvertretbaren Handlungen können nicht nach § 35 Abs. 4 FamFG vollstreckt werden. Für diese kommen als Zwangsmittel nur Zwangsgeld und Zwangshaft gemäß § 35 Abs. 1 FamFG in Betracht.

2. Anordnung

Die Anordnung der Maßnahmen erfolgt durch **Beschluss**. Mit § 35 Abs. 4 FamFG wird dem Gericht eine flexible Möglichkeit zur effektiven Vollstreckung zur Verfügung gestellt. Es steht im pflichtgemäßen **Ermessen** des Gerichts, ob es die Maßnahmen nach §§ 883, 886, 887 ZPO neben oder anstelle der Maßnahmen nach § 35 Abs. 1 FamFG anordnet.

3. Vollstreckung

Die Vollstreckung einer Verpflichtung zur Herausgabe beweglicher Sachen erfolgt nach § 883 Abs. 1 ZPO durch den Gerichtsvollzieher, welcher dem Verpflichteten die herauszugebende Sache wegnimmt. Wird der Zutritt zur Wohnung verwehrt, bedarf es eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses¹⁶. Wenn die Sache nicht vorgefunden wird, muss der Verpflichtete eine entsprechende eidesstattliche Versicherung nach § 883 Abs. 2 ZPO abgeben, für deren Abnahme der Gerichtsvollzieher zuständig ist. Für die Anordnungen nach §§ 886, 887 ZPO ist das mit der Sache befasste Gericht zuständig.

C. Verfahren

Bei der Vollstreckung von Verpflichtungen nach § 35 FamFG handelt es sich um ein **Amtsverfahren**, welches keiner Einleitung durch einen Antrag bedarf. Die Vorschrift ist sowohl in Antrags- als auch in Amtsverfahren anwendbar. Es gilt der Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG (bisher § 12 FGg). Das Gericht muss insbesondere die Beteiligten anhören. Die Entscheidung über das »Ob« und »Wie« der erforderlichen Maßnahmen liegt im pflichtgemäßen **Ermessen** des Gerichts. Die Entscheidungen sind zu begründen. Hinsichtlich der gerichtlichen Anordnung und der Festsetzung/Anordnung von Zwangsmitteln bzw. Maßnahmen nach §§ 883, 886, 887 ZPO kann **Verfahrenskostenhilfe** nach § 76 Abs. 1 FamFG bewilligt werden. Das gilt allerdings nicht für die Beitreibung des Zwangsgeldes.¹⁷

Sachlich **zuständig** für das Vollstreckungsverfahren ist das jeweils mit der Sache befasste Gericht, also in Familiensachen das AG als FamG für die Vollstreckung von Entscheidungen in Familiensachen nach § 23 a Abs. 1 Nr. 1 GVG iVm § 111 FamFG. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus den jeweiligen besonderen Bestimmungen wie z. B. in Ehesachen nach § 122 FamFG (primäre Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt eines Ehegatten mit allen gemeinschaftlichen minderjährigen Kindern)¹⁸ und in Kindschaftsachen nach § 152 FamFG (zunächst Gericht der Ehesache und dann Gericht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes)¹⁹. Die funktionelle Zuständigkeit richtet sich nach dem zu Grunde liegenden Verfahren. Falls in dem jeweiligen Verfahren die funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers gegeben ist, kann dieser auch das Zwangsgeld festsetzen. Das ist beispielsweise im Rahmen von § 1788 BGB der Fall. Zwangshaft kann allerdings nur durch den Richter angeordnet werden gemäß Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG, § 4 Abs. 2 Nr. 2 RPfG.

¹⁶ Schuschke/Walker/Walker, ZPO, § 883 Rdn. 8

¹⁷ Vgl. OLG München FamRZ 1995, 373

¹⁸ Es handelt sich weiterhin um eine ausschließliche Zuständigkeit. Grundsätzlich wurde in § 122 FamFG die bisherige Reihenfolge des § 606 ZPO beibehalten. Nur die dortige erste Zuständigkeitsbegründung, der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten wurde nicht übernommen. Vgl. ausführlicher: Schulte-Bunert, Das neue FamFG, Köln 2009, Rdn. 487

¹⁹ Bisläng erfolgte z. B. in Sorgerechtsverfahren eine Anknüpfung an den Wohnsitz des Kindes über § 621 Abs. 2 S. 2 ZPO, § 64 Abs. 3 S. 1 FGg, §§ 621 a Abs. 1 S. 1, 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, §§ 64 Abs. 3 S. 2, 43 Abs. 1, 36 Abs. 1 S. 1 FGg, §§ 7 Abs. 1, 11 S. 1 BGB. Vgl. dazu auch: Schulte-Bunert, Das neue FamFG, Köln 2009, Rdn. 563 f

D. Rechtsbehelfe

Gemäß § 35 Abs. 5 FamFG ist der Zwangsmaßnahmenbeschluss mit der **sofortigen Beschwerde** nach §§ 567–572 ZPO – und somit binnen einer Notfrist von 2 Wochen – anfechtbar. Dies gilt gemäß § 11 Abs. 1 RPflG auch, sofern der Rechtspfleger entschieden hat. Da die Beschwerde gem § 570 Abs. 1 ZPO aufschiebende Wirkung hat, bedarf es im FamFG keiner dem § 24 Abs. 1 FGG entsprechenden Regelung.

Über die sofortige Beschwerde entscheidet grundsätzlich das OLG nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 GVG. Nur gegen Entscheidungen in Freiheitsentziehungssachen und der von den Betreuungsgerichten entschiedenen Sachen entscheidet das LG nach § 72 Abs. 1 S. 2 GVG.

*Prof. Dr. Kai Schulte-Bunert,
Fachhochschule für Rechtspflege Nordrhein-Westfalen,
Richter am AmtsG Köln*

Heinrich Schürmann

Das FamFG-Verfahren in Unterhaltssachen

Die in der Praxis bedeutsamen Unterhaltsstreitigkeiten sowie alle anderen vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten folgen bislang den Regeln der ZPO. Sie werden durch das Gesetz zur »Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit«¹ (FamFG) neu strukturiert. Weniger weitreichend sind die inhaltlichen Veränderungen – umfangreiche Verweisungen auf die zivilprozessualen Vorschriften führen zu Altbekanntem. Vor allem bei den im Mittelpunkt der nachfolgenden Darstellung stehenden Unterhaltsverfahren vermischen sich die bekannten Verfahrensabläufe aus der ZPO mit den neuen Regeln des FamFG.

I. Der einleitende Antrag

Die Unterhaltssachen nach § 231 Abs. 1 FamFG gehören mit den »Güterrechtssachen« (§ 261 Abs. 1 FamFG) und den »sonstigen Familiensachen« (§ 266 Abs. 1 FamFG)² zu den sog. »Familienstreitsachen« (§ 112 FamFG).³

§ 231 FamFG Unterhaltssachen

(1) Unterhaltssachen sind Verfahren, die

1. die durch Verwandtschaft begründete gesetzliche Unterhaltspflicht,
2. die durch Ehe begründete gesetzliche Unterhaltspflicht,
3. die Ansprüche nach § 1615 I oder § 1615 m des Bürgerlichen Gesetzbuchs

betreffen.

(2) Unterhaltssachen sind auch Verfahren nach § 3 Abs. 2 S. 3 des BKGGs und § 64 Abs. 2 S. 3 des EStGs. Die §§ 235 bis 245 sind nicht anzuwenden.

Als Unterhaltssachen qualifiziert das Gesetz auch die Verfahren nach § 3 BKGG bzw. § 64 EStG. Diese Verfahren betreffen die Bestimmung des Bezugsberechtigten, wenn mehrere Personen die Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Aus der bedarfsdeckenden Funktion des Kindergeldes (§ 1612 b BGB) ergibt sich der direkte Bezug zum Unterhalt. Dem entspricht die verfahrensrechtliche Zuordnung. Die bisher von den Vormundschaftsgerichten entschiedenen Verfahren gehören aber nicht zu den Streitverfahren, so dass hierfür überwiegend die Vorschriften des 1. Buches gelten – ergänzt um die §§ 232 bis 234 FamFG.

Für die Unterhaltssachen nach § 231 Abs. 1 FamFG sind unverändert die Vorschriften der ZPO maßgebend. Diese treten an die Stelle der entsprechenden Regeln des FamFG (§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG), soweit keine spezielleren Vorschriften eingreifen.

§ 113 FamFG Anwendung von Vorschriften der ZPO

(1) In Ehesachen und Familienstreitsachen sind die §§ 2 bis 37, 40 bis 48 sowie 76 bis 96 nicht anzuwen-

1 BT-Dr. 16/6308, 16/9733, 16/9831; der Bundestag hat das Gesetz in seiner Sitzung vom 27. 6. 2008 verabschiedet; die Beschlussfassung durch den Bundesrat folgte am 19. 9. 2008. Das Gesetz tritt am 1. 9. 2009 in Kraft

2 Die sonstigen Familiensachen umfassen im weiteren Sinn alle Ansprüche zwischen persönlich eng miteinander verbundenen Personen (Verlobte, verheiratete und geschiedene Ehegatten, Eltern und Kindern)

3 Die Vorschriften gelten auch für die in § 269 FamFG gesondert geregelten Lebenspartnerschaftssachen; nicht zu den Familienstreitsachen gehören hingegen die ebenfalls als Unterhaltssachen bezeichneten Kindergeldangelegenheiten nach § 231 Abs. 2 FamFG