Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht

Familien Anwälte
In jeder Beziehung.

Mitgliederversammlung und Herbsttagung
29.11. bis 01.12.2018
in Münster

Minenfeld Ordnungsgeld – Vollstreckbarkeit gerichtlicher Umgangsregelungen

Rechtsanwalt Dr. Mathias Grandel,
Augsburg

Dr. Mathias Grandel
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Familienrecht
Dres. Gwinner Groß Grandel
Konrad-Adenauer-Allee 33
86150 Augsburg

November 2018

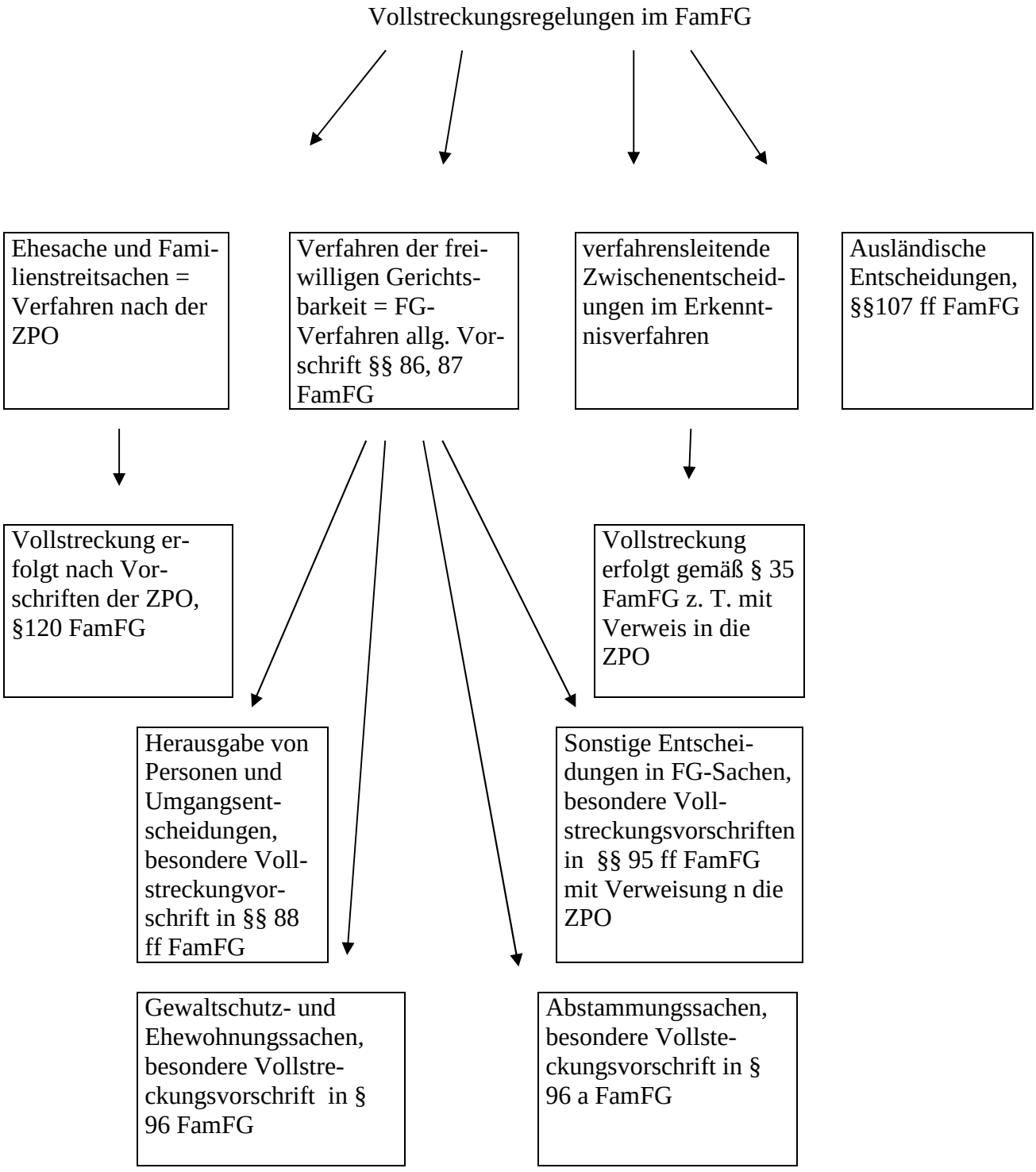
Vollstreckbarkeit familienrechtlicher Regelungen

A) Vollstreckungstitel[1]

I. Allgemeines

Während nach altem Recht in § 33 FGG aF die Vollstreckung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur lückenhaft geregelt war, sind die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen im FamFG umfassend normiert. Auch in der Vollstreckung ist zwischen Verfahren nach der ZPO und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu unterscheiden. Zudem ist die Vollstreckung verfahrensleitender gerichtlicher Anordnungen während des Erkenntnisverfahrens (zB Auskunftsverpflichtung in Versorgungsausgleichssachen) in § 35 FamFG geregelt. Danach unterscheiden sich die anzuwendenden Vorschriften, wie folgender Überblick zeigt:

[1] s. auch Grandel/Stockmann SWK FamR „Vollstreckungstitel“



Für die Vollstreckung muss ein Vollstreckungstitel vorliegen. Er muss vollstreckbar, dh wirksam sein, und es müssen die sonstigen Vollstreckungsvoraussetzungen erfüllt sein (s. B) Vollstreckungsvoraus-

setzungen). Vom Fall des § 35 FamFG abgesehen, erfolgt die Vollstreckung in Familiensachen aus Endentscheidungen. Vollstreckungstitel sind solche, die unter der Geltung des FamFG entstanden sind. Vollstreckbar sind außerdem Alttitel und unter besonderen Voraussetzungen auch ausländische Titel.

II. Vollstreckungstitel des FamFG (Endentscheidungen)

In Familiensachen findet die Vollstreckung aus folgenden Titeln statt, die unter Anwendung des FamFG entstanden sind.

1. Gerichtliche Beschlüsse als Endentscheidungen

Sowohl in Ehe- und Familienstreitsachen als auch in FG-Familiensachen entscheidet das Gericht durch Beschluss (§§ 38 Abs. 1, 113 Abs. 1 S. 1 FamFG). Die Vollstreckung erfolgt gemäß § 86 ff und § 120 Abs. 1 FamFG iVm § 704 ZPO aus wirksamen Beschlüssen, die Endentscheidungen sind (§ 58 Abs. 1 FamFG). Endentscheidungen sind auch Beschlüsse in Verfahren der einstweiligen Anordnung, soweit sie als selbstständige Verfahren geführt werden und mit einer Kostenentscheidung versehen sind.

2. Gerichtliche Beschlüsse mit verfahrensabschließenden Entscheidungen

Vollstreckungstitel sind auch sonstige Beschlüsse mit vollstreckbarem Inhalt, die ein Verfahren gemäß §§ 887, 888, 890 ZPO abschließen, oder Festsetzungsbeschlüsse gemäß § 253 FamFG.

3. Kostenfestsetzungsbeschlüsse

Auch gerichtliche Kostenfestsetzungsbeschlüsse gemäß § 85 FamFG, § 104 ZPO, die in FG-Verfahren ergehen, werden gemäß §§ 86 ff, 95 Abs. 1 Nr. 1 FamFG vollstreckt.[2]

Kostenfestsetzungsbeschlüsse in Ehe- und Familienstreitsachen werden nach den Vorschriften der ZPO vollstreckt (§ 120 FamFG).

4. Gerichtlich gebilligter Vergleich

Vergleiche gemäß § 156 Abs. 1 FamFG in Verfahren über die Kindesherausgabe oder den Umgang sind vollstreckbar, wenn sie gerichtlich gebilligt sind. Nach wohl h.M. ist die Billigung durch gerichtli-

[2] HK-FamFG/von Harbou/Simon § 95 FamFG Rn 3; Prütting/Helms/Hammer § 95 Rn 6; Cirullies, Vollstreckung in Familiensachen 2. Aufl. 2017 Rn 509.

chen Beschluss auszusprechen und zu begründen. Erst dadurch entsteht der Vollstreckungstitel.[3] Nach anderer Ansicht soll ein Vermerk im Protokoll genügen[4] oder eine konkludente Billigung.[5] Es empfiehlt sich in jedem Fall der sichere Weg über einen ausdrücklichen Beschluss. Die Billigung darf nur erfolgen, wenn die Vereinbarung einen vollstreckungsfähigen und hinreichend bestimmten Inhalt aufweist. Eine Billigung setzt außerdem voraus, dass alle formell am Verfahren Beteiligten der Vereinbarung zugestimmt haben: Dazu gehört das Jugendamt, wenn es einen Antrag gem. 162 Abs. 2 FamFG auf Beteiligung am Verfahren gestellt hat. Dazu gehören zwingend der bestellte Verfahrensbeistand sowie das Kind, wenn es 14 Jahre oder älter ist (§ 9 Nr. 3 FamFG).[6] Sonst ist die Vereinbarung nicht wirksam und nicht vollstreckungsfähig.[7] Sinnvoll und praxistauglich ist diese Regelung nicht. Es sollte ausreichend sein, wenn die beteiligten Eltern und das Gericht die Vereinbarung billigen. In der Praxis wird kaum ein Fall denkbar sein, in dem das Jugendamt oder ein Verfahrensbeistand ihre Zustimmung verweigern werden. Nicht selten ist der Vertreter des Jungendamtes trotz förmlicher Beteiligung nicht oder nicht bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung anwesend. Ähnliches kann bei Terminkollisionen beim Verfahrensbeistand der Fall sein. Die Belange des verfahrensbeteiligten Kindes können vom Gericht berücksichtigt werden. Häufig geht schon aus der Formulierung des Billigungsbeschlusses in der Praxis gar nicht hervor, welche Beteiligten anwesend waren und die Billigung erklärt haben. In den Billigungsbeschluss sind auch die Warnhinweise, die § 89 Abs. 2 FamFG verlangt, aufzunehmen. Sie sind Vollstreckungsvoraussetzung, können aber auch nachgeholt werden.

Es ist streitig, ob der gerichtliche Billigungsbeschluss mit der Beschwerde angefochten werden kann.[8] Jedenfalls dann, wenn die gerichtlich gebilligte Umgangsregelung nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist (Fehlen der notwendigen Zustimmung eines Verfahrensbeteiligten)[9] oder wenn zur Zeit der gerichtlichen Billigung ein Einvernehmen der Beteiligten über den Umgang nicht mehr vorgegelegen hat,[10] ist eine Beschwerdemöglichkeit zuzubilligen.

5. Vollstreckungstitel gemäß § 794 ZPO

Vollstreckungstitel sind auch Titel im Sinne des § 794 ZPO in FG-Verfahren mit der Einschränkung, dass die Beteiligten über den Gegenstand des Verfahrens verfügen können. Hauptanwendungsfälle

---

[3] Cirullies, Vollstreckung in Familiensachen Rn 423; Musielak/Borth FamFG § 156 Rn 8.
[4] OLG Nürnberg 28.4.2011 - 7 UF 487/11, NJW 2011, 2816; Haußleiter NJW-Spezial 2011, 68; Heilmann ZKJ 2011, 106.
[5] OLG Koblenz 25.4.2016 - 13 UF 142/16, FamRZ 2017, 42 mit krit. Anm. Hammer
[6] Musielak/Borth FamFG § 156 FamFG Rn 9.
[7] Cirullies FPR 2012, 473, 474 f; Musielak/Borth FamFG § 156 Rn 9.
[8] Verneinend OLG Nürnberg 28.4.2011 - 7 UF 487/11, NJW 2011, 2816
[9] OLG München 1.9.2014 – 4 UF 508/14, FF 2015, 30; s. auch Prütting/Helms/Hammer § 156 Rn 68.
[10] OLG Hamm 21. 5. 2015 – II-2 UF 3/15, 2 UF 3/15, FamRZ 2015, 1988.

sind gerichtliche Vergleiche gemäß §§ 36 Abs. 1 S. 1, 86 Abs. 1 Nr. 3 FamFG, § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Praktisch wichtig sind Vereinbarungen über Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs und in Ehewohnungs- und Haushaltssachen.

Vollstreckungstitel sind auch vollstreckbare notarielle Urkunden iSd § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, bei Gericht niedergelegte, für vollstreckbar erklärte Anwaltsvergleiche iSd §§ 794 Abs. 1 Nr. 4 b, 796 b ZPO und in Verwahrung genommene und für vorläufig vollstreckbar erklärte Mediationsvereinbarungen iSd §§ 794 Abs. 1 Nr. 4 b, 796 d ZPO.

Die Einschränkung des § 86 Abs. 1 Nr. 3 FamFG gilt für alle Titel aus § 794 ZPO in FG-Familiensachen. Ein Vollstreckungsbescheid als Titel (§ 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) ist in Fällen des § 95 Abs. 1 Nr. 1 FamFG denkbar.

III. Vollstreckungstitel der ZPO in Ehe- und Familienstreitsachen

§ 120 FamFG verweist für die Vollstreckung auf die Vorschriften der ZPO, somit auch auf die Vollstreckungstitel der ZPO. Die Einschränkungen aus §§ 36, 86 Abs. 1 Nr. 3 FamFG gelten für sie nicht. Die wesentlichen Vollstreckungstitel sind:

- gerichtliche Beschlüsse als Endentscheidungen;
- Kostenfestsetzungsbeschlüsse, §§ 104 ZPO, 794 Abs. 1 Nr. 2 ZPO;
- gerichtliche Vergleiche, § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO;
- notarielle Urkunden, § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO;
- vollstreckbar erklärte Anwaltsvergleiche, Mediationsvereinbarungen, § 794 Abs. 1 Nr. 4 b;
- Vollstreckungsbescheide, § 794 Nr. 4 ZPO;
- Arrestbeschlüsse, §§ 922, 929 ZPO;
- europäischer Zahlungsbefehl, § 794 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, Art. 12, 18 EuMVVO.

Europäische Zahlungsbefehle, die im Ursprungsland gemäß Art. 18 EuMVVO für vollstreckbar erklärt wurden, sind in Deutschland vollstreckbar, ohne dass eine Vollstreckungsklausel im Inland erteilt werden muss, § 1093 ZPO.

IV.Verfahrensleitende Anordnungen, § 35 FamFG

1. Allgemeine Voraussetzungen

Gerichtliche Anordnungen gegen Beteiligte oder Dritte im laufenden Erkenntnisverfahren (Zwischenentscheidungen) in FG-Familiensachen (nicht in Ehe- und Familienstreitsachen anwendbar) werden gemäß § 35 FamFG durch Zwangsgeld, ersatzweise Zwangshaft, vollstreckt. Außerdem sind Anordnungen gemäß §§ 883, 886, 887 ZPO möglich.

Die Vorschrift erfasst zB angeordnete Auskunftspflichten in Versorgungsausgleichssachen (§ 220 FamFG). Anordnungen des Gerichts sind nicht oder modifiziert vollstreckbar, soweit das Gesetz etwas anderes bestimmt. Die Festsetzung von Zwangsgeld setzt ein schuldhaftes Verhalten voraus. Das Zwangsgeld hat keinen Sanktions-, sondern einen Beugecharakter, so dass die Zwangsmaßnahme zu unterbleiben hat, wenn der gerichtlichen Anordnung entsprochen wird.

2. Zuständigkeit

Für die Festsetzung von Zwangsgeld ist der Rechtspfleger zuständig, soweit er das dazugehörige Verfahren führt, ansonsten der Richter; für die Verhängung von Zwangshaft und die Anordnung nach § 35 Abs. 4 S. 1 FamFG ist stets der Richter zuständig.

3. Inhalt der Anordnung

Die Festsetzung von Zwangsmitteln dient der Durchsetzung einer unvertretbaren oder vertretbaren Handlung des Verpflichteten. Damit der Beschluss später vollziehbar ist, muss darin die verlangte Mitwirkungshandlung genau bezeichnet sein.

Formulierungsbeispiel:

„Der Antragsgegner wird verpflichtet, den ihn mit Schreiben des Gerichts vom … übersandten Fragebogen zu den in der Zeit von … bis ... erlangten Versorgungsanwartschaften bis spätestens ... (Eingang

bei Gericht) auszufüllen und unterzeichnet an das Gericht zurückzuleiten und zu versichern, dass die darin gemachten Angaben vollständig sind."

§ 35 Abs. 2 FamFG verlangt außerdem, dass auf die Folgen der Zuwiderhandlung gegen die Anordnung hingewiesen wird. Der Hinweis muss jedenfalls die Höchstsumme des Zwangsgeldes und die Höchstdauer der Zwangshaft (§§ 913802g,802j ZPO, § 35 Abs. 3 S. 2 FamFG: sechs Monate) umfassen. Kommen neben oder anstelle eines Zwangsgelds Anordnungen auf Wegnahme einer Sache oder die Ersatzvornahme einer vertretbaren Handlung in Betracht (§§ 883, 886, 887 ZPO, § 35 Abs. 4 FamFG), muss auch darauf hingewiesen werden.[11] Dabei genügt aber die gemäß § 35 Abs. 4 S. 2 FamFG, § 891 S. 2 ZPO notwendige Anhörung.[12] Ist der Hinweis im Beschluss zur Mitwirkungshandlung vergessen, kann er nachgeholt werden.[13]

Formulierungsbeispiel:

„Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die in Ziff. ... enthaltene Anordnung kann gegen den Verpflichteten Zwangsgeld von bis zu 25.000 EUR und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Zwangshaft von bis zu sechs Monaten festgesetzt werden. Verspricht die Anordnung eines Zwangsgeldes keinen Erfolg, soll das Gericht Zwangshaft anordnen. Neben oder anstelle von Zwangsgeld/Zwangshaft, kommt auch die Anordnung der Wegnahme einer beweglichen Sache, die Pfändung und Überweisung eines Herausgabeanspruchs gegen Dritte oder die Anordnung einer Ersatzvornahme auf Kosten des Verpflichteten in Betracht."

Die Festsetzung des Zwangsgeldes kann wiederholt werden, bis der Anordnung nachgekommen wird. Seine Höhe orientiert sich an der Bedeutung des Verfahrens und der Dringlichkeit der Vornahme der Mitwirkungshandlung, der Einstellung des Verpflichteten und den wirtschaftlichen Verhältnissen.[14]

In dem Beschluss sind dem Verpflichteten die Kosten des Festsetzungsverfahrens aufzuerlegen (§§ 35 Abs. 3 S. 2, 81 ff FamFG). Bei Anordnungen nach § 35 Abs. 4 FamFG sind ihm auch die Kosten des Anordnungsverfahrens aufzubürden(§ 35 Abs. 4 S. 2 FamFG, §§ 891, 91 ff ZPO). Die gerichtlichen Kosten der Durchführung der Zwangsmaßnahme trägt der Verpflichtete auch ohne ausdrückliche Anordnung gemäß § 24 Nr. 4 FamGKG.

[11] Prütting/Helms/Hammer FamFG § 35 Rn 15.
[12] HK-ZV/Giers FamFG Rn 21.
[13] HK-ZV/Giers FamFG Rn 16 mwN; anders tendierend wohl OLG München 5.2.2010 – 34 Wx 128/09, NJW-RR 2010, 1603.
[14] HK-FamFG/Schreiber § 35 FamFG Rn 15.

4. Rechtsmittel

Gegen den Beschluss der Anordnung von Zwangsmaßnahmen ist sofortige Beschwerde mit der Zweiwochenfrist statthaft (§ 35 Abs. 5 FamFG, § 569 Abs. 1 S. 1 ZPO). Die Beschwerde hat wegen der Verweisung auf § 570 Abs. 1 ZPO aufschiebende Wirkung (§ 35 Abs. 5 FamFG).

B) Vollstreckungsvoraussetzungen[15]

I. Allgemeines

Die Regelungen zur Vollstreckung familienrechtlicher Entscheidungen im FamFG sind zu Recht als „höchst kompliziert“[16] bezeichnet worden. Das FamFG schafft keine einheitlichen Vollstreckungsvorschriften, die für alle Verfahrensarten anwendbar sind. Es bleibt vielmehr bei der grundsätzlichen Trennung zwischen der Vollstreckung von Familienstreitsachen (frühere ZPO-Familiensachen) und den FG-Familiensachen (frühere FGG-Verfahren). Folgende Weichenstellung ist zu unterscheiden:

Für Ehe- und Familienstreitsachen verweist § 120 Abs. 1 FamFG auf die Vorschriften der ZPO über die Zwangsvollstreckung.

In den FG-Familiensachen gemäß § 111 Nr. 1–7 FamFG sind grundsätzlich ebenfalls gemäß § 95 Abs. 1 FamFG die Vorschriften der ZPO für die Vollstreckung anwendbar, soweit es sich um die Vollstreckung

- wegen einer Geldforderung,
- zur Herausgabe einer beweglichen oder unbeweglichen Sache,
- zur Vornahme einer vertretbaren oder nicht vertretbaren Handlung,
- zur Erzwingung von Duldungen oder Unterlassungen,
- zur Abgabe einer Willenserklärung

handelt.

[15] s. auch Grandel/Stockmann SWK FamR „Vollstreckungsvoraussetzungen“
[16] Zimmermann, Das neue FamFG Rn 244.

In FG-Familiensachen, bei denen es um die Herausgabe von Personen oder die Regelung des Umgangs geht (Kindschaftssachen gemäß § 111 Nr. 2 FamFG), enthalten die §§ 88 ff FamFG spezielle Regelungen zur Vollstreckung verfahrensabschließender Beschlüsse.

Für Gewaltschutzsachen gemäß § 210 FamFG und in Ehewohnungssachen gemäß § 200 Abs. 1 FamFG enthält § 96 FamFG besondere Vollstreckungsregelungen. Der Berechtigte kann neben der Möglichkeit aus § 95 Abs. 1 Nr. 4 FamFG, § 890 ZPO, ein Ordnungsgeld, ersatzweise Ordnungshaft, festsetzen zu lassen, einen Gerichtsvollzieher zur Beseitigung einer bestehenden Zuwiderhandlung hinzuziehen. Hauptfall dürfte sein, dass ein Beteiligter seiner Verpflichtung, die Ehewohnung zu verlassen, nicht nachkommt.

Für die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen enthält § 110 FamFG eine spezielle Regelung. Sie erfüllt dieselbe Funktion wie §§ 722, 723 ZPO.[17]

Für FamFG-Sachen enthält § 35 FamFG eine spezielle Vollstreckungsregelung, wenn ein Beteiligter Anordnungen des Gerichts verfahrensleitender Art nicht nachkommt. Es geht dabei nicht um die Vollstreckung von Endentscheidungen, sondern um die Durchsetzung von Anordnungen während des laufenden gerichtlichen Verfahrens, zB bei verfahrensrechtlichen Auskunftspflichten des § 220 FamFG. Spezielle Regelungen, zB §§ 33 Abs. 3, 235 Abs. 4 FamFG gehen dem § 35 FamFG vor.[18]

Das Vollstreckungsverfahren ist ein selbstständiges Verfahren. Daher gilt auch für Alttitel, die aus dem bis zum 31.8.2009 geltenden Recht entstanden sind, und für Vollstreckungsverfahren nach dem 1.9.2009 das neue Vollstreckungsrecht.[19]

II. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen sind in FG-Verfahren und ZPO-Verfahren im Wesentlichen identisch:

Es muss ein vollstreckbarer Titel vorliegen (§ 86 Abs. 1 FamFG).

- Der Titel muss vor oder gleichzeitig mit der Vollstreckung zugestellt sein (§ 87 Abs. 2 FamFG).
- Die Vollstreckungsklausel muss erteilt sein, falls sie erforderlich ist (§ 86 Abs. 3 FamFG).

[17] HK-FamFG/Kemper § 110 FamFG Rn 1; Musielak/Borth FamFG § 110 Rn 1.
[18] Zur Übersicht über die anwendbaren Verfahrensvorschriften s. auch HK-ZV/Giers FamFG Rn 1
[19] OLG Stuttgart 17.3.2010 – 16 WF 41/10, FamRZ 2010, 1594; OLG Karlsruhe 8.4.2010 – 2 WF 40/10, FamRZ 2010, 1366.

Für die Vollstreckung nach den Regeln der ZPO folgt das Gleiche aus § 750 ZPO. Im Einzelnen:

1. Vollstreckungstitel

In FG-Familiensachen zählt § 86 FamFG die Vollstreckungstitel auf. In Ehesachen und Familienstreitsachen sind Endentscheidungen vollstreckbar (§ 120 Abs. 2 S. 1 FamFG). Endentscheidungen sind Beschlüsse, durch die der Verfahrensgegenstand ganz oder teilweise erledigt wird (§ 38 Abs. 1 S. 1 FamFG). Hinzu kommen die weiteren Vollstreckungstitel aus § 794 ZPO (s. hierzu A).

2. Vollstreckbarkeit des Titels

Entscheidungen sind sowohl in FG-Familiensachen als auch in Ehe- und Familienstreitsachen mit ihrem Wirksamwerden vollstreckbar (vgl § 86 Abs. 2 S. 2 FamFG bzw § 120 Abs. 2 S. 1 FamFG). Gänzlich unterschiedlich ist jedoch geregelt, wann die Wirksamkeit einer Entscheidung eintritt:

a) FG-Familiensachen

In FG-Familiensachen wird eine Endentscheidung grundsätzlich mit der Bekanntgabe an den Beteiligten wirksam, für den sie ihrem wesentlichen Inhalt nach bestimmt ist (§ 40 Abs. 1 FamFG). Die Bekanntgabe erfolgt entweder durch förmliche Zustellung gemäß §§ 166 ff ZPO iVm § 15 Abs. 2 S. 1 FamFG oder durch Aufgabe zur Post, wobei das Schriftstück bei Versendung im Inland drei Tage nach der Aufgabe zur Post als bekanntgegeben gilt, es sei denn, der Beteiligte macht glaubhaft, dass ihm das Schriftstück nicht oder erst später zugegangen ist (§ 15 Abs. 2 S. 2 FamFG). Welche Form der Bekanntgabe gewählt wird, liegt im Ermessen des Gerichts, wenn nicht spezielle Vorschriften im Einzelfall eine besondere Form der Bekanntmachung vorschreiben.[20] So verlangt § 41 Abs. 1 S. 2 FamFG zB die förmliche Zustellung eines anfechtbaren Beschlusses an den Beschwerdebeteiligten. Der BGH hat entschieden, dass die Beschwerdefrist nicht zu laufen beginnt, wenn die erforderliche Zustellung unterlassen wird.[21] Offen ist, ob eine Heilung gem. § 15 Abs. 2 S. 1 FamFG iVm § 189 ZPO möglich ist.[22]

Der Beschluss erlangt hingegen keine Wirksamkeit, wenn die Bekanntgabe nicht die Vorgaben des § 15 Abs. 2 FamFG einhält (z.B. bei Übersendung per Fax oder E-Mail)[23]. Dann fehlt auch die Vollstreckungsvoraussetzung. § 40 FamFG erfährt jedoch in den Familiensachen eine Reihe von Durchbrechungen. In folgenden Verfahren wird der Beschluss erst mit Rechtskraft wirksam:

- Abstammungssachen, § 184 S. 1 FamFG;

[20] Musielak/Borth FamFG § 15 Rn 3
[21] BGH 13.5.2015 - XII ZB 491/14, FamRZ 2015, 1374.
[22] Prütting/Helms/Abramenko FamFG § 41 Rn 13.
[23] vgl Prütting/Helms/Abramenko FamFG § 40 Rn 4

- Adoptionssachen, § 198 Abs. 1 FamFG;

- Ehewohnungssachen, § 209 Abs. 2 FamFG;

- Haushaltssachen, § 209 Abs. 2 FamFG;

- Gewaltschutzsachen, § 216 Abs. 1 FamFG;

- Versorgungsausgleichssachen, § 224 Abs. 1 FamFG;

- Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäft zum Gegenstand hat, § 40 Abs. 2 FamFG.

In diesen Fällen kann die Wirksamkeit vor Rechtskraft des Beschlusses nur eintreten, wenn eine sofortige Wirksamkeit der Entscheidung angeordnet werden kann (s. hierzu C) sofortige Wirksamkeit).

b) Ehe- und Familienstreitsachen

In Ehe- und Familienstreitsachen werden Endentscheidungen grundsätzlich erst mit Eintritt der formellen Rechtskraft wirksam (§ 116 Abs. 2, 3 FamFG). Um eine vorläufige Vollstreckbarkeit zu ermöglichen, kann das Gericht in Familienstreitsachen die sofortige Wirksamkeit anordnen. In Unterhaltssachen soll im Falle einer Zahlungsverpflichtung die sofortige Wirksamkeit angeordnet werden (§ 116 Abs. 3 FamFG; s. hierzu C) sofortige Wirksamkeit). Auch Versäumnisbeschlüsse werden erst mit Rechtskraft wirksam, eine vorzeitige Vollstreckbarkeit bedarf der Anordnung einer sofortigen Wirksamkeit.[24] In Verbundverfahren werden die Entscheidungen in Folgesachen nicht vor Rechtskraft der Scheidung wirksam (§ 148 FamFG). Dies gilt sowohl für Folgesachen, die FG-Familiensachen sind, als auch für Familienstreitsachen.[25] Daraus folgt, dass eine Vollstreckung einer Folgesachenentscheidung vor Rechtskraft des Scheidungsausspruchs nicht zulässig ist. Auch die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit muss so gefasst sein, dass sie nur den Zeitraum nach Rechtskraft der Scheidung erfasst.[26] Ist die Formulierung, in der die sofortige Wirksamkeit angeordnet wurde, nicht in diesem Sinne beschränkt, ist sie dennoch so auszulegen.[27] Die Vollstreckungsklausel (§ 120 Abs. 1 FamFG, § 724 ZPO) darf erst nach Rechtskraft der Scheidung erteilt werden.[28] Für die Schwebezeit können einstweilige Anordnungen erforderlich sein.[29]

[24] Musielak/Borth FamFG § 116 Rn 4
[25] Prütting/Helms/Helms FamFG § 116 Rn 13
[26] Musielak/Borth FamFG § 148 Rn 9; Prütting/Helms/Helms FamFG § 116 Rn 29; Thomas/Putzo/Hüßtege FamFG § 148 Rn 5; HK-ZV/Giers FamFG Rn 58
[27] HK-ZV/Giers FamFG Rn 58
[28] Prütting/Helms/Helms FamFG § 116 Rn 29
[29] HK-FamFG/Kemper § 148 Rn 6

Der Nachweis der Wirksamkeit der Endentscheidung erfolgt durch ein gerichtliches Rechtskraftzeugnis (§ 706 ZPO iVm § 120 Abs. 1 FamFG), das auf Antrag erteilt wird. Der Antrag ist formlos ohne Anwaltszwang möglich (§ 78 Abs. 3 ZPO). In Ehesachen wird das Rechtskraftzeugnis von Amts wegen erteilt (§ 46 S. 3 FamFG).

Die Zustellung kann schon als Form der Bekanntgabe gemäß §§ 15 Abs. 2 S. 1, 41 Abs. 1 S. 2 FamFG erfolgt sein. Eine gesonderte Zustellung ist gem. § 87 Abs. 2 FamFG erforderlich, wenn die Bekanntgabe nur durch Aufgabe zur Post (§ 15 Abs. 2 S. 1 FamFG) oder durch Verkündung (§ 41 Abs. 2 S. 1 FamFG) erfolgt ist.

3. Zustellung des Vollstreckungstitels

Für die FG-Familiensache regelt § 87 Abs. 2 FamFG im Grundsatz, dass die Vollstreckung nur beginnen darf, wenn der Beschluss bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Die Vorschrift entspricht § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO, der nach § 120 Abs. 1 FamFG für die Familienstreitsachen maßgebend ist.

Der Wortlaut beider Vorschriften ist auf „Beschlüsse“ bzw „Urteile“ beschränkt. So wie § 750 ZPO grundsätzlich für alle Titel gilt, die nach der ZPO vollstreckt werden (§ 795 S. 1 ZPO), ist auch § 87 Abs. 2 FamFG für jeden nach dem FamFG möglichen Vollstreckungstitel anzuwenden.[30] Zustellungsadressat ist der Schuldner; bei Gesamtschuldnern muss an jeden zugestellt werden, da die Zustellung an nur einen nicht gegen die anderen Gesamtschuldner wirkt.[31]

a) FG-Familiensachen

Bei Endentscheidungen über die Zuweisung der Ehewohnung für die Dauer des Getrenntlebens gem. § 1361b BGB kann das Gericht zusammen mit dem Ausspruch der sofortigen Wirksamkeit der Entscheidung anordnen, dass die Vollstreckung schon vor der Zustellung des Beschlusses an den Antragsgegner zulässig ist (§ 209 Abs. 3 S. 1 FamFG). Konsequenterweise tritt die Wirksamkeit der Entscheidung, die ja wiederum ihrerseits Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist, bereits dann ein, wenn die Entscheidung der Geschäftsstelle des Gerichts zur Bekanntmachung übergeben wird. Dieser Zeitpunkt muss auf der Entscheidung vermerkt werden (§ 209 Abs. 3 S. 2, 3 FamFG). Praktisch relevant kann es beispielsweise bei der Anordnung einer Benutzungsregelung der Ehewohnung werden. Allerdings ist für diese Anordnung ein besonderes Regelungsbedürfnis zu fordern, in der Regel also ein Gewalthintergrund.[32]

---

[30] HK-ZV/Giers FamFG Rn 132; Prütting/Helms/Hammer FamFG § 87 Rn 9.
[31] HK-ZV ZPO/Giers § 750 Rn 18
[32] Musielak/Borth FamFG § 209 Rn 15; HK-ZPO/Kemper § 209 FamFG Rn 13

Eine entsprechende Regelung sieht § 216 Abs. 2 FamFG für Gewaltschutzsachen vor. Vollstreckungsrechtlich macht es daher im Gegensatz zum alten Recht keinen Unterschied mehr, ob die Zuweisung der Ehewohnung über § 1361 b BGB oder nach dem GewSchG erfolgt.

Abweichend von § 87 Abs. 2 FamFG, der grundsätzlich auch für einstweilige Anordnungen gilt, ermöglicht es § 53 Abs. 2 FamFG dem Gericht, die Vollstreckung einer einstweiligen Anordnung vor der Zustellung der Entscheidung an den Verpflichteten zuzulassen. Das gilt für einstweilige Anordnungen in Gewaltschutzsachen (wie schon § 64 b Abs. 3 S. 3 FGG aF) und für alle anderen einstweiligen Anordnungen, in denen ein besonderes Bedürfnis dafür besteht, zB bei einer einstweiligen Anordnung, in der die Herausgabe eines Kindes angeordnet wird und bei der ansonsten belastende Situationen entstehen können.[33] Auch hier gilt, dass im Falle der Zulassung der Vollstreckung vor der Zustellung die einstweilige Anordnung mit der Übergabe an die Geschäftsstelle wirksam wird (§ 53 Abs. 2 S. 2 FamFG).

Die Zustellung in FG-Familiensachen erfolgt in der Regel von Amts wegen. Die Zustellung richtet sich nach § 15 Abs. 2 S.1 FamFG iVm § 166 – 195 ZPO. Die Bekanntgabe eines Beschlusses und damit auch die Zustellung muss durch das Gericht veranlasst werden, § 41 Abs. 1 FamFG; das gilt auch für die einstweilige Anordnung in Gewaltschutzsachen (§ 214 Abs. 2 FamFG).[34]
Es stellt sich weiter die Frage, ob darüber hinaus Zustellungen i.S. des § 87 Abs. 2 FamFG auch durch Beteiligtenzustellung möglich ist. Im FamFG fehlt eine dem § 750 Abs. 1 S. 2 ZPO entsprechende Regelung. Nach herrschender Meinung erlaubt die Verweisung in § 15 Abs. 2 S. 1 FamFG auf die §§ 191 ff. ZPO die Zustellung durch Beteiligte.[35] Das betrifft Vergleiche und vollstreckbare Urkunden.[36]

Auch gerichtlich gebilligte Vereinbarungen (§ 156 Abs. 2 FamFG) müssen als Vollstreckungsvoraussetzung zugestellt sein gem. § 87 Abs. 2 FamFG.[37] Dabei stellt sich die Frage, ob bei Auseinanderfallen von Umgangsvereinbarung und Billigungsbeschluss nur das Protokoll mit der gerichtlichen Vereinbarung oder nur der gerichtliche Billigungsbschluss oder beides zugestellt werden muss. Das hängt davon ab, was der Vollstreckungstitel ist, die Vereinbarung, der Billigungsbeschluss oder beides gemeinsam. Die Problematik ähnelt derjenigen aus § 278 Abs. 6 ZPO.
Das Bild in der Rechtsprechung ist uneinheitlich, jedenfalls unklar:

---

[33] vgl Prütting/Helms/Dürbeck FamFG § 53 Rn 5
[34] Cirullies, Vollstreckung in Familiensachen Rn 445.
[35] Musielak/Borth FamFG § 15 Rn 3; Prütting/Helms/Ahn-Roth FamFG § 15 Rn 54; Keidel/Sternal FamFG § 15 Rn 66.
[36] Schulte-Bunert/Weinreich FamFG § 87 Rn 2
[37] OLG Brandenburg 15.12.2016 – 13 WF 279/16, FamRZ 2017, 746; KG 16.12.2016 - 15 WF 22/16, FamRZ 2017, 919; OLG Frankfurt 2.11.2011 - 5 WF 151/11, FamRZ 2012, 573; Ernst NZFam 2015, 804; Prütting/Helms/Hammer FamFG § 87 Rn 8; Schulte-Bunert/Weinreich FamFG § 87 Rn 2

-OLG Brandenburg MDR 2017, 405: Protokoll mit Vereinbarung + Billigungsbeschluss sind zuzustel len

- unklar KG 15 WF 22/16 v. 16.12.16: Protokoll ist zuzustellen
- OLG Frankfurt FamRZ 2012, 573: Aus gerichtlich gebilligten Umgangsvergleichen findet die Vollstreckung erst statt, wenn der Beschluss bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

Im Zweifel empfiehlt sich die Zustellung sowohl des Protokolls als auch des Billigungsbeschlusses.

Es stellt sich weiter die Frage, ob die Zustellung des gerichtlich gebilligten Vergleichs durch das Gericht erfolgen muss oder auch durch Beteiligtenzustellung möglich ist.
Überwiegend wird vertreten, dass eine Amtszustellung wie bei gerichtlichen Beschlüssen notwendig oder zumindest geboten sei.[38] Nach differenzierender Ansicht soll gelten, dass der Billigungsbeschluss von Amts wegen zuzustellen ist,[39] da er eine hoheitlich errichtete Vollstreckungsgrundlage darstellt, während das Protokoll mit der Umgangsvereinbarung wahlweise durch Parteizustellung oder von Amts wegen zugestellt werden kann.[40]
Vorsorglich sollte hier immer eine Zustellung durch das Gericht beantragt werden. Lehnt das Gericht dies ab, sollte wenigstens eine Zustellung durch den Beteiligten veranlasst werden.

b) Familienstreitsachen

Es gelten die Vorschriften der ZPO zur Zwangsvollstreckung. Die Vollstreckung darf grundsätzlich nur beginnen, wenn der Titel bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird (§§ 750 Abs. 1 S. 1, 795 S. 1 ZPO, § 120 Abs. 1 FamFG). Zustellung ist die Bekanntgabe des Titels an eine Person, in der in den §§ 166 ff ZPO bestimmten Form (§ 166 Abs. 1 ZPO).

Grundsätzlich müssen alle vollstreckbaren Titel in Familienstreitsachen zugestellt werden, nicht nur Beschlüsse, auch gerichtliche Vergleiche, Vollstreckungsbescheide, notarielle Urkunden. Zwei Ausnahmen vom Zustellungserfordernis sind zu beachten:

aa) Arreste und einstweilige Verfügungen können wegen der besonderen Eilbedürftigkeit vor ihrer Zustellung bereits vollzogen werden (§ 929 Abs. 3 S. 1, § 936 ZPO). Dabei sind jedoch zwei besondere Fristen zu beachten. Die Vollziehung ist unwirksam, wenn die Zustellung nicht binnen einer Woche

[38] Prütting/Helms/Hammer FamFG § 87 Rn 9; Krekeler FuR 2017, 240, 241(Amtszustellung sei geboten); Hk-ZV/Giers FamFG Rn 132 (Zustellungen „grds. von Amts wegen“).
[39] OLG Brandenburg 15.12.2016 - 13 WF 279/16, MDR 2017, 405; MüKo-FamFG/Schumann § 156 Rn 28.
[40] OLG Brandenburg 15.12.2016 - 13 WF 279/16, MDR 2017, 405; OLG Brandenburg 10.10.2016 - 13 WF 226/16, FamRZ 2017, 391.

nach der Vollziehung nachgeholt wird. Mit „Vollziehung“ ist hier (anders als in § 929 Abs. 2 ZPO) der erfolgte Zugriff auf das Schuldnervermögen gemeint (§ 929 Abs. 3 S. 1, § 936 ZPO). Bei der Mobilienpfändung ist das der Zeitpunkt der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher, bei Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses der Zeitpunkt der Zustellung an den Drittschuldner (§§ 930, 829 Abs. 3 ZPO). Bei der Arresthypothek (§ 932 ZPO) beginnt die Zustellungsfrist allerdings nicht erst mit der Eintragung ins Grundbuch, sondern mit Eingang des Antrags beim Grundbuchamt, weil ab diesem Zeitpunkt der Rang der Eintragung bereits gesichert ist.[41]

bb) Außerdem muss die Zustellung vor Ablauf der allgemeinen einmonatigen Vollziehungsfrist aus § 929 Abs. 2 ZPO erfolgen (§ 929 Abs. 3. S. 2 ZPO). Die Zustellung erfolgt als Parteizustellung gemäß §§ 191 ff ZPO. Die allgemeine Vollziehungsfrist von einem Monat beginnt mit der Verkündung, Aushändigung bzw Zustellung von Arrest/einstweiliger Verfügung. Eine Verlängerung dieser gesetzlichen Frist ist nicht möglich. Es gibt auch keine Wiedereinsetzungsmöglichkeit. Innerhalb der Vollziehungsfrist muss die Vollziehung beantragt, aber nicht abgeschlossen sein. Sie muss nur ohne eine vom Gläubiger zu vertretende Verzögerung eingeleitet sein.[42] Eine Vorpfändung (§ 845 ZPO) reicht aus, die bloße Zustellung des Titels nicht, es sei denn, es kommt zunächst keine anderweitige Vollstreckungsmaßnahme in Betracht, z.B. bei Unterlassungsverfügungen.[43]

Es ist möglich, innerhalb der Monatsfrist eine weitere neue Vollziehungsmaßnahme einzuleiten und/oder den Arrest/die einstweilige Verfügung neu zuzustellen. Nach Ablauf der Vollziehungsfrist dürfen zwar noch Mängel einer fehlerhaften, aber nicht unwirksamen Vollstreckung behoben werden, eine fehlerhafte Pfändung wiederholt werden oder vorangegangene Vollziehungsmaßnahmen fortgesetzt werden, die aufeinander aufbauen (Antrag zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach erfolglosem Pfändungsauftrag an den Gerichtsvollzieher). Es dürfen aber nach Fristablauf keine neuen eigenständigen Vollziehungsmaßnahmen beauftragt werden (zB Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nach erfolglosem Pfändungsversuch durch den Gerichtsvollzieher).[44] Es kann jedoch ein neuer Arrestantrag gestellt werden, wenn die Arrestvoraussetzungen noch gegeben sind. Nach anderer Ansicht reicht ein fristgerechter Vollstreckungsantrag für andere, erst nach Fristablauf in Auftrag gegebene Vollstreckungsmaßnahmen aus,[45] jedenfalls, wenn sie eine Einheit darstellen.[46]

c) Vorpfändung

[41] HK-ZV ZPO/Haertlein § 929 Rn 26; HK-ZPO/Kemper § 932 Rn 8; MüKo-ZPO/Drescher § 932 ZPO Rn 7
[42] BGH 25.10.1990 – IX ZR 211/89, NJW 1991, 496; BGH 15.12.2005 – I ZB 63/05, NJW 2006, 1290
[43] HK-ZV/Haertlein § 929 ZPO Rn 4
[44] BGH 25.10.1990 – IX ZR 211/89, NJW 1991, 496
[45] MüKo-ZPO/Drescher § 929 ZPO Rn 10; Schilken in: Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht § 78 I 1
[46] OLG Dresden 19.9.2016 -5 U 566/16, MDR 2017, 113.

Sie setzt keine vorherige Zustellung des Titels an den Schuldner voraus (§ 845 Abs. 1 S. 3 ZPO).

d) Verzicht auf die Zustellung

Nach herrschender Meinung ist ein Verzicht des Schuldners auf das Erfordernis der Zustellung im Vorhinein nicht wirksam, da diese Vollstreckungsvoraussetzung nicht zur Disposition der Beteiligten steht.[47] Ein nachträglicher Verzicht soll dagegen möglich sein. Da Mängel der Zustellung nicht zur Unwirksamkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit der Vollstreckungshandlung führen, obliegt es der Entscheidung des Schuldners, ob er dagegen vorgeht. Daher soll auch ein nachträglicher Verzicht auf das Erfordernis der Zustellung möglich sein.[48]

e) Mängel der Zustellung

Zustellungsmängel führen nach ganz herrschender Meinung nicht zur Nichtigkeit der Vollstreckungsmaßnahme, sondern machen sie nur anfechtbar.[49] Der Mangel kann durch eine nachträgliche ordnungsgemäße Zustellung geheilt werden.[50] Eine Heilung ist unter den Voraussetzungen des § 189 ZPO möglich. Dazu muss eine Zustellung durch das zuständige Organ angeordnet worden und das Schriftstück dem Schuldner tatsächlich zugegangen sein.[51] Mit der Heilung entfällt die Anfechtbarkeit. Bei einem zeitlichen Zusammentreffen mit gleichgerichteten Vollstreckungsmaßnahmen Dritter (zB Pfändung durch mehrere Gläubiger) stellt sich für den Rang des jeweiligen Pfändungspfandrechts (§ 804 ZPO) die Frage, ob die Heilung ex tunc oder ex nunc wirkt. Da die fehlerhafte Vollstreckungsmaßnahme dem Gläubiger keine Vorzugstellung gegenüber den anderen Gläubigern gewähren soll, tritt die Heilung nach herrschender Meinung nur für die Zukunft ein.[52] Nach anderer Ansicht soll eine Heilung ex tunc eintreten. Begründet wird dies damit, dass der anfechtbare Vollstreckungsakt von Anfang an wirksam sei, lediglich auflösend bedingt durch die Möglichkeit der Anfechtung. Infolge der Heilung entfalle diese auflösende Bedingung, so dass der Vollstreckungsakt nach dem Rechtsgedanken der §§ 158 Abs. 2, 161 Abs. 2 BGB von Anfang an wirksam sei.

f) Rechtsbehelfe bei fehlerhafter Zustellung

Bei fehlerhafter Zustellung und sonstigen Mängeln der Zwangsvollstreckung können der Schuldner oder ein Dritter, der durch die Zwangsvollstreckung in seinen Rechten beeinträchtigt ist, gegen die Maßnahmen des Gerichtsvollziehers oder Vollstreckungsmaßnahmen des Vollstreckungsgerichts

[47] Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn 78; HK-ZPO/Kindl § 750 ZPO Rn 13; MüKo-ZPO/Hessler § 750 ZPO Rn 86; Thomas/Putzo/Seiler § 750 ZPO Rn 1; aA Zöller/Stöber § 750 ZPO Rn 22
[48] HK-ZPO/Kindl § 750 ZPO Rn 13; Musielak/Lackmann ZPO § 750 ZPO Rn 15
[49] BGH 16.2.1976 – II ZR 171/74, NJW 1976, 851; Musielak/Lackmann ZPO § 750 Rn 19
[50] BGH 16.2.1976 – II ZR 171/74, NJW 1976, 851; HK-ZV/Giers § 750 ZPO Rn 21
[51] Thomas/Putzo/Hüßtege § 189 ZPO Rn 7 f
[52] Thomas/Putzo/Seiler Vor § 704 ZPO Rn 59

(Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Rechtspflegers) Erinnerung gemäß § 766 ZPO einlegen.[53]

Gegen Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts, die über bloße Vollstreckungsmaßnahmen hinausgehen (zB Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses erst nach vorheriger Anhörung des Schuldners; Abhilfeentscheidungen des Rechtspflegers), ist die sofortige Beschwerde gemäß § 793 ZPO statthaft.[54]

4. Vollstreckungsklausel

Die Vollstreckungsklausel bescheinigt die Vollstreckungsreife des Titels. Für die Erteilung der Klausel sind die §§ 724 ff ZPO auch in FG-Familiensachen entsprechend anwendbar.[55] Zuständig ist die Geschäftsstelle des Gerichts des ersten Rechtszuges. Wenn das Verfahren bei einem höheren Gericht anhängig ist, wird sie von der Geschäftsstelle dieses Gerichts erteilt (§ 724 Abs. 2 ZPO).

Inwieweit eine Vollstreckungsklausel erforderlich ist, ist unterschiedlich geregelt, je nachdem, ob die Zwangsvollstreckung aus den Vorschriften des FamFG oder der ZPO erfolgt:

a) FG-Familiensachen

Gemäß § 86 Abs. 3 FamFG ist eine Vollstreckungsklausel nicht erforderlich, wenn die Vollstreckung durch das Gericht erfolgt, das den Titel erlassen hat. Das erfasst im Wesentlichen die Vollstreckung von Entscheidungen über die Herausgabe von Personen und die Regelung des Umgangs gemäß § 88 FamFG. Auch hier bedarf es jedoch in bestimmten Fällen der Vollstreckungsklausel. Zuständig für die Vollstreckung solcher Entscheidungen ist das Gericht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes (§ 88 Abs. 1 FamFG). Zieht das Kind vor der Vollstreckung in einen anderen Gerichtsbezirk, wird die Vollstreckungsklausel erforderlich. Eine Vollstreckungsklausel ist auch notwendig, wenn ein Beteiligter selbst vollstreckt (Erteilung eines Pfändungsauftrages) oder ein anderes Vollstreckungsorgan tätig wird, insbesondere in Fällen des § 95 FamFG (Vollstreckungsgericht bei Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, Grundbuchamt).

Einstweilige Anordnungen bedürfen grundsätzlich keiner Vollstreckungsklausel (§ 53 Abs. 1 FamFG). Anders ist es, wenn die Vollstreckung für oder gegen einen anderen als den im Beschluss bezeichneten Beteiligten erfolgen soll (§ 53 Abs. 1 FamFG). Diese Regelung entspricht dem § 929 Abs. 1 ZPO für Arrest und einstweilige Verfügung.

---

[53] hM, vgl Thomas/Putzo/Seiler § 766 ZPO Rn 2

[54] zur Abgrenzung von § 766 ZPO und § 793 ZPO s. Thomas/Putzo/Seiler § 793 ZPO Rn 3; HK-ZV/Sternal § 766 ZPO Rn 19 ff.

[55] Prütting/Helms/Hammer FamFG § 86 Rn 24

Problematisch ist bei der einstweiligen Anordnung das Verhältnis von § 86 Abs. 3 FamFG zu § 53 Abs. 1 FamFG. Zum Teil wird vertreten, dass § 86 Abs. 3 FamFG vorrangig sei. Wenn die Vollstreckung der einstweiligen Anordnung durch das erlassende Gericht erfolgt, wäre auch dann keine Vollstreckungsklausel erforderlich, wenn die Vollstreckung für oder gegen einen anderen als im Beschluss bezeichneten Beteiligten erfolgt. § 53 Abs. 1 FamFG will nach dieser Ansicht die Klauselpflicht einschränken und nicht erweiteRn[56] Nach anderer Ansicht ist § 53 FamFG als zusätzliche selbstständige Voraussetzung anzusehen.[57]

b) Ehe- und Familiensachenstreitsachen

Es gelten für Hauptsacheentscheidungen die Vorschriften der ZPO (§ 120 Abs. 1 FamFG). Danach bedarf grundsätzlich die Vollstreckung aus jedem Titel der Vollstreckungsklausel (§§ 724 Abs. 1, 750 Abs. 1, 795 ZPO).

Davon gibt es folgende Ausnahmen:

- Vollstreckungsbescheid, wenn für oder gegen die darin genannten Personen vollstreckt wird (§ 796 Abs. 1 ZPO);
- Arrest und einstweilige Verfügungen, wenn für oder gegen die darin genannten Personen vollstreckt wird (§§ 929 Abs. 1, 936 ZPO);
- Haftbefehl gemäß § 901 ZPO;
- Kostenfestsetzungsbeschluss, der auf das Urteil gesetzt ist, praktisch bedeutungslos (§§ 105 Abs. 1, 795 a ZPO);
- Überweisungsbeschluss gemäß § 836 Abs. 3 S. 3 ZPO für die Vollstreckung auf Herausgabe von Urkunden;
- Pfändungsbeschluss, auf dessen Grundlage der Hypothekenbrief zum Zwecke der Abliefe rung an den Gläubiger weggenommen wird (§ 830 Abs. 1 S. 2 ZPO).

Für die einstweilige Anordnung gilt auch in Familienstreitsachen § 53 Abs. 1 FamFG. Eine Vollstreckungsklausel ist nicht erforderlich, es sei denn, die Vollstreckung richtet sich für oder gegen einen anderen als in der einstweiligen Anordnung bezeichneten Beteiligten. Diese Konstellation kann sich ergeben, wenn zB der betreuende Elternteil in gesetzlicher Verfahrensstandschaft eine einstweilige

[56] so HK-ZV/Giers FamFG Rn 130; HK-FamFG/Stockmann § 53 FamFG Rn 3; HK-ZPO/Kemper § 53 FamFG Rn 2; Prütting/Helms/Dürbeck FamFG § 53 Rn 3; Klein FuR 2009, 241, 250
[57] Musielak/Borth FamFG § 86 Rn 7

Anordnung erwirkt hat und später die Voraussetzungen der Verfahrensstandschaft wegfallen[58]. Dort ist auch der Fall der Rechtsnachfolge gemäß § 727 ZPO als Beispiel genannt.

III. Amts- und Antragsverfahren

Erfolgt die Vollstreckung nach den Vorschriften der ZPO, also in Familienstreitsachen und in FG-Familiensachen des § 95 FamFG, kommt sie nur auf Antrag des Gläubigers in Gang (vgl § 754 ZPO). In FG-Familiensachen, die auch von Amts wegen eingeleitet werden können (zB Verfahren auf Kindesherausgabe), kann auch die Vollstreckung von Amts wegen erfolgen. In diesen Fällen bestimmt das Gericht, welche Vollstreckungsmaßnahme ausgewählt wird (§ 87 Abs. 1 FamFG). Daneben gibt es ein Antragsrecht des Berechtigten (§ 87 Abs. 1 S. 2 FamFG).

IV. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

1. Vollstreckung gemäß §§ 86–94 FamFG

a) Anwendbarkeit des § 750 Abs. 2 ZPO

Soweit eine qualifizierte Vollstreckungsklausel erforderlich ist, zB gemäß § 53 Abs. 1 FamFG, ist fraglich, ob § 750 Abs. 2 ZPO entsprechend zu beachten ist, dh, ob die vollstreckbare Ausfertigung (Beschluss mit Vollstreckungsklausel) der einstweiligen Anordnung vor oder mit Beginn der Vollstreckung zugestellt werden muss.[59] In Vollstreckungen zur Kindesherausgabe oder zum Umgang wird der Fall einer Rechtsnachfolge aber nicht relevant werden. In den übrigen Vollstreckungen nach §§ 95 ff FamFG gilt § 750 Abs. 2 ZPO ohnehin kraft Verweisung in § 95 Abs. 1 FamFG.

b) Gerichtlicher Hinweis vor Anordnung von Ordnungsmitteln (§ 89 FamFG)

Anders als bei § 890 Abs. 2 ZPO setzt die Anordnung von Ordnungsmitteln gemäß § 89 FamFG nicht deren vorherige Androhung voraus. Wegen des strafähnlichen Sanktionscharakters des Ordnungsgeldes muss jedoch ein schuldhaftes Verhalten gegeben sein. Daher muss der Herausgabe- bzw Umgangsbeschluss gemäß § 89 Abs. 2 FamFG auf die Folgen der Zuwiderhandlung hinweisen. Der Hinweis kann auch nachträglich erfolgen. Verstöße sind aber nur für die Zeit nach der Erteilung des Hin-

[58] vgl Musielak/Borth FamFG § 53 Rn 2
[59] so HK-ZV/Giers FamFG Rn 135

weises sanktionierbar.[60] Eine Androhung von Ordnungsmitteln in Alttiteln gemäß § 33 FGG aF ersetzt den Warnhinweis nach § 89 Abs. 2 FamFG nicht.[61]

Auch für die Vollstreckung gerichtlich gebilligter Vergleiche (§§ 156 Abs. 2, 86 Abs. 1 Nr. 2 FamFG) bedarf es des Warnhinweises, der vom Gericht zweckmäßigerweise im Anschluss an die Billigungsentscheidung erfolgt.[62] Wird dies vergessen, kann Antrag auf Nachholung des gerichtlichen Hinweises in Form eines gesonderten Beschlusses gestellt werden.[63] Nach Musielak/Borth § 89 FamFG Rn 7 kann der Billigungsbeschluss bei Unterbleiben des Warnhinweises sogar mit der sofortigen Beschwerde (§ 87 Abs. 4 FamFG) angefochten werden, auch wenn der Warnhinweis selbst nicht selbstständig anfechtbar ist. Die unmittelbare Beschwer liege darin, dass der mit § 89 Abs. 2 FamFG gewollte Beschleunigungszweck verfehlt würde. Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine solche Beschwerde ist aber nicht gegeben, da ein Antrag auf Nachholung des Hinweises möglich ist.

Inhaltlich fordert die Rechtsprechung, dass auf die möglichen Ordnungsmittel und das gesetzliche Höchstmaß hingewiesen wird. Ordnungsgeld und Ersatzordnungshaft dürfen kumulativ, Ordnungsgeld und Ordnungshaft nur alternativ aufgeführt werden.[64]

Ein Beschluss nach § 89 Abs. 2 FamFG muss auf die Folgen einer Zuwiderhandlung ausdrücklich hinweisen. Fehlt ein Hinweis im Tenor, ist er in der Begründung deutlich durch z.B. eine Überschrift erkennbar zu machen.[65]

Der Hinweis muss den Sanktionsrahmen sowohl für die maximale Höhe des Ordnungsgeldes (25.000,- €) als auch für die in Betracht kommende Ordnungshaft (bis zu sechs Monaten) beinhalten. Sonst liegt keine ordnungsgemäße Belehrung vor. Enthält der Hinweis des Amtsgerichts zwar den zutreffenden Sanktionsrahmen für das Ordnungsgeld, nicht aber denjenigen für die Ordnungshaft, erfüllt der Hinweis in seiner Gesamtheit die inhaltlichen Mindestanforderungen nicht und kann deshalb die notwendige Warnfunktion nicht übernehmen. Ein Ordnungsgeldbeschluss darf nicht erlassen werden.[66] Der Warnhinweis kann nachgeholt werden, auch durch das Beschwerdegericht im

---

[60] OLG Karlsruhe 19.2.10 – 5 WF 28/10, NJW 2010, 1976; OLG Oldenburg 25.3.2013 - 4 WF 34/13, FamRZ 2014, 145; HK-ZV/Giers FamFG Rn 138

[61] BGH 17.8.2011 – XII ZB 621/10, NJW 2011, 3163; OLG Stuttgart 17.3.2010 – 16 WF 41/10, FamRZ 2010, 1594; OLG Koblenz 10.6.2010 – 13 WF 326/10, FamRZ 2010, 1930; HK-FamFG/Völker/Clausius/Wagner § 89 Rn 22, Musielak/Borth FamFG § 89 Rn 1; aA OLG Karlsruhe 8.4.2010 – 2 WF 40/10, NJW 2010, 2142

[62] BVerfG 9.3.2011 – 1 BvR 752/10, NJW 2011, 2347; OLG Karlsruhe 8.4.2010 – 2 WF 40/10, FamRZ 2010, 1366; OLG Stuttgart 17.3.2010 – 16 WF 41/10, FamRZ 2010, 1594; Musielak/Borth FamFG § 89 Rn 5; Cirullies FPR 2012, 473, 474; Schlunder FamRZ 2010, 1636, 1638; Prütting/Helms/Hammer FamFG § 156 Rn 69.

[63] BVerfG 9.3.2011 – 1 BvR 752/10, NJW 2011, 2347

[64] BGH 23.10.2003 – I ZB 45/02, NJW 2004, 506

[65] OLG Oldenburg 17.8.2015 – 11 WF 159/15, FamRZ 2016, 844.

[66] OLG Naumburg 7.7.2014 - 8 WF 120/14, NZFam 2015, 182; OLG Oldenburg 25.3.2013 – FamRZ 2014, 145; OLG Hamm 23.12.2015 – 2 WF 207/15, FamRZ 2016, 1105; OLG Schleswig 21.09.2015 - 10 WF 144/15, FamRZ 2016, 845.

Beschwerdeverfahren.[67] Es können dann aber nur Verstöße nach der Nachholung eines korrekten Hinweises geahndet werden.

Offen ist, ob die Belehrung auch enthalten muss, dass nur eine schuldhafte Zuwiderhandlung die Sanktionen auslösen kann und der Verpflichtete die Zuwiderhandlung nachträglich entschuldigen kann.[68]

Der Hinweis nach § 89 Abs. 2 FamFG muss sich auf eine bereits bestehende Umgangsregelung beziehen. Wird diese Umgangsregelung später geändert, bedarf es eines erneuten Hinweises.[69]

Eine mögliche Formulierung lautet:

1. *… (Umgangsregelung, die in vollstreckbarer Weise hinreichend bestimmt formuliert sein muss, vgl BGH 1.2.2012 – XII ZB 188/11, FamRZ 2012, 533)*

2. *Die Verpflichteten werden darauf hingewiesen, dass für jeden Fall einer schuldhaften Zuwiderhandlung gegen die unter Nr. 1 geregelte(n) Verpflichtung(en) ein Ordnungsgeld bis zu 25.000 EUR und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu sechs Monaten verhängt werden kann. Verspricht die Anordnung eines Ordnungsgeldes keinen Erfolg, kann das Gericht Ordnungshaft bis zu sechs Monaten anordnen.*

Vor der Festsetzung von Ordnungsmitteln muss dem Verpflichteten rechtliches Gehör gewährt werden, § 92 Abs. 1 FamFG. Die spätere Vollstreckung des verhängten Ordnungsgeldes erfolgt von Amts wegen gemäß §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 6 Abs. 2 JBeitrO.

2. Vollstreckung nach den Vorschriften der ZPO

Für die Vollstreckung von Familienstreitsachen und für die in §§ 95–96 a FamFG genannten Vollstreckungsmaßnahmen in FG-Familiensachen verweist das FamFG auf die Vollstreckungsvorschriften der ZPO (§ 120 Abs. 1 bzw § 95 Abs. 1 FamFG), soweit sich aus dem FamFG nichts Abweichendes ergibt. Daher sind auch die besonderen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen der ZPO zu beachten:

[67] OLG Schleswig 21.9.2015 - 10 WF 144/15, FamRZ 2016, 845.
[68] Offen gelassen in OLG Hamm 23.12.2015 – 2 WF 207/15, FamRZ 2016, 1105; gem. OLG Naumburg 5.1.2016 - 3 WF 231/15, FamRZ 2016, 1106 ist jedenfalls kein Hinweis auf die Entlastungsmöglichkeit aus § 89 IV FamFG erforderlich.
[69] BGH 3.8.2016 – XII ZB 86/15, FamRZ 2016, 1763.

a) Zustellung des Titels mit qualifizierter Vollstreckungsklausel, § 750 Abs. 2 ZPO: Wenn die Voraussetzungen des § 750 Abs. 2 ZPO vorliegen, hauptsächlich in den hier relevanten Fällen der Rechtsnachfolge (§ 727 ZPO) oder bei bedingten Ansprüchen (§ 726 ZPO), muss die vollstreckbare Ausfertigung des Titels zugestellt werden.

b) Nachweis der Sicherheitsleistung, § 751 Abs. 2 ZPO: Soweit eine Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung begonnen oder fortgesetzt werden kann, darf die Vollstreckung nur dann durchgeführt werden, wenn die Sicherheitsleistung durch öffentliche Urkunde nach gewiesen ist und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig mit der Vollstreckung zugestellt wird. Problematisch und strittig ist, ob eine Einstellung der Voll streckung gegen Sicherheitsleistung oder die Anordnung, dass die Vollstreckung einstwei len nur gegen Sicherheitsleistung zulässig ist, im Rahmen der Vollstreckung in Familiensa chen möglich ist. Soweit dies für möglich erachtet wird, ist § 751 Abs. 2 ZPO als besondere Vollstreckungsvoraussetzung zu beachten.

c) Zug-um-Zug-Leistung, § 756 ZPO: Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewir kenden Leistung des Gläubigers ab, ist § 756 ZPO zu beachten.

d) Sicherungsvollstreckung: Die Sicherungsvollstreckung gemäß §§ 750 Abs. 3, 720 a ZPO findet in Fällen Anwendung, in denen die Vollstreckbarkeit von einer Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängig ist. Das FamFG geht aber im Regelfall von einer Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung aus. Die Sicherungsvollstreckung kommt daher nur in besonderen Fall gestaltungen in Betracht.

e) Wartefrist: Die Wartefrist des § 798 ZPO ist insbesondere bei der Vollstreckung notarieller Urkunden praxisrelevant. Die Zustellung darf als Ausnahme zu § 750 Abs. 1 ZPO erst begin nen, wenn der „Schuldtitel“, also die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde, mindestens zwei Wochen vorher zugestellt ist. Die Vorschrift ist für die Vollstreckung in Familienstreit sachen und in sonstigen Familiensachen, die gemäß §§ 95 ff FamFG vollstreckt werden, kraft Verweisung anwendbar (vgl § 95 Abs. 1 FamFG). In den übrigen Fällen wird sich eine Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde wohl nicht ergeben.

C) Sofortige Wirksamkeit[70]

I. Allgemeines

[70] s. auch Grandel/Stockmann SWK FamR „Sofortige Wirksamkeit“

Die Wirksamkeit von Entscheidungen ist Voraussetzung für ihre Vollstreckung. Familienstreitsachen werden gemäß § 116 Abs. 2 FamFG erst mit Rechtskraft wirksam. Um ähnlich wie in den §§ 708 ff ZPO eine vorläufige Vollstreckbarkeit unter bestimmten Voraussetzungen zu ermöglichen, kennt das FamFG die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit von Entscheidungen in Familienstreitsachen gemäß § 116 Abs. 3 FamFG.

In Unterhaltssachen soll das Gericht die sofortige Wirksamkeit anordnen, § 116 Abs. 3 S. 3 FamFG. Ehesachen werden immer erst mit Rechtskraft wirksam. Eine sofortige Wirksamkeit kann nicht angeordnet werden. Folgesachen werden gemäß § 148 FamFG nicht vor Rechtskraft der Scheidung wirksam. Die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit kann daher nur für die Zeit ab Rechtskraft erfolgen, weil die Scheidung zeitlich vor der Folgesache rechtskräftig werden kann, vgl § 145 FamFG.

In FG-Familiensachen (§ 111 Nr. 1–7 FamFG und entsprechenden Lebenspartnerschaftssachen) werden Entscheidungen dem Grundsatz nach bereits mit Bekanntgabe und nicht erst mit Rechtskraft wirksam (§ 40 Abs. 1 FamFG). Dann besteht kein Bedürfnis und kein Raum für die Anordnung einer sofortigen Wirksamkeit. Allerdings wird dieser Grundsatz in vielen Fällen durchbrochen und auch in FG-Familiensachen die Wirksamkeit der Entscheidung von ihrer Rechtskraft abhängig gemacht. In diesen Fällen ist eine Anordnung sofortiger Wirksamkeit denkbar, aber nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich zulässt.[71]

Sofortige Wirksamkeit Übersicht

Im Einzelnen:

Wirksamkeit von Entscheidungen in FG-Familiensachen erst ab Rechtskraft	Möglichkeit der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit
Beschluss, durch den die Ermächtigung oder die Zustimmung eines anderen zu einem Rechtsgeschäft ersetzt wird, § 40 Abs. 3 S. 1 FamFG	§ 40 Abs. 3 S. 2 FamFG (bei Gefahr in Verzug)
Beschränkung oder Ausschluss der Schlüsselgewalt, § 40 Abs. 1 S. 3 FamFG	§ 40 Abs. 3 S. 2 FamFG (bei Gefahr in Verzug)
Abstammungssachen, § 184 Abs. 1 S. 1 FamFG	nicht möglichklein3
Adoptionssachen, § 198 Abs. 1 S. 1 FamFG	§ 198 Abs. 1 S. 2 FamFG (bei Gefahr in Verzug)
Ehewohnungssachen, § 209 Abs. 2 S. 1 FamFG	§ 209 Abs. 2 S. 2 FamFG: Soll angeordnet werden in Verfahren des § 1361 b BGB; in Verfahren des § 1568 a BGB nicht möglich (so Thomas/Putzo/Hüßtege FamFG § 209 Rn 5; Musielak/Borth § 209 FamFG Rn 12)

[71] Musielak/Borth FamFG § 40 Rn 4

Haushaltssache, § 209 Abs. 2 S. 1 FamFG	nicht möglich
Gewaltschutzsachen, § 216 Abs. 1 S. 1 FamFG	§ 216 Abs. 1 S. 1 FamFG: Soll angeordnet werden.

Als Ausgleich zur Anordnung der sofortigen Wirksamkeit sehen die §§ 120 Abs. 2, 95 Abs. 3 FamFG unter den dort gegebenen Voraussetzungen eine Beschränkung der Vollstreckung vor.

II. Sofortige Wirksamkeit bei Einstweiliger Anordnung

Für einstweilige Anordnungen in FG-Familiensachen und Familienstreitsachen fehlen Regelungen, wann sie wirksam und damit vollstreckbar werden. Sie sind Endentscheidungen, weil sie das Anordnungsverfahren als selbstständiges Verfahren abschließen. Ein Rückgriff auf die Vorschriften zur Wirksamkeit der Hauptsacheentscheidung würde aber dem Sinn und Zweck einer einstweiligen Anordnung als Eilmaßnahme widersprechen, jedenfalls in den Fällen, in denen die Hauptsacheentscheidung erst mit Rechtskraft wirksam wird und ggf nicht einmal eine sofortige Wirksamkeit angeordnet werden könnte (s. zB § 209 Abs. 2 FamFG oder wenn im Verbundverfahren eine Folgesache nicht vor Rechtskraft der Scheidung wirksam werden kann). Wie bei Arrest und einstweiliger Verfügung wird die einstweilige Anordnung daher sofort wirksam, ohne dass es der Anordnung einer sofortigen Wirksamkeit bedarf. Dieses Ergebnis lässt sich auch aus § 53 Abs. 2 FamFG ableiten.[72] Bei einer einstweiligen Anordnung Unterhalt bedarf es ohnehin keiner Anordnung der sofortigen Wirksamkeit, da gem. § 57 S.1 FamFG keine Beschwerdemöglichkeit gegeben ist.

III. Voraussetzungen

Die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit ist eine Ermessensentscheidung des Gerichts. § 116 Abs. 3 S. 2 FamFG ist eine „Kann-Vorschrift“. In anderen Fällen ist das Ermessen des Gerichts eingeschränkt. In Unterhaltssachen, bei Entscheidungen gemäß § 161 BGB und in Gewaltschutzsachen „soll“ die sofortige Wirksamkeit angeordnet werden. Andere Vorschriften sehen vor, dass die Anordnung nur bei Gefahr in Verzug getroffen werden kann (zB §§ 40 Abs. 3, 198 Abs. 1 S. 2 FamFG).

[72] Keidel/Giers FamFG § 53 Rn 2; Cirullies, Vollstreckung in Familiensachen Rn 47.

Im Rahmen des § 116 Abs. 3 S. 2 FamFG müssen die Interessen des Berechtigten und Verpflichteten gegeneinander abgewogen werden. Die Intention des Gesetzgebers war dabei, die Rechtsposition des Berechtigten/Gläubigers zu verbesseRn[73] Daraus und aus dem Zusammenspiel von § 116 Abs. 3 S. 2 mit § 120 Abs. 2 FamFG wird zum Teil gefolgert, dass im Zweifel die sofortige Wirksamkeit angeordnet werden soll. Die Interessen des Verpflichteten seien durch die Beschränkungsmöglichkeiten des § 120 Abs. 2 FamFG ausreichend gewahrt.[74] Ohne die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit könnte der Berechtigte sonst vor Rechtskraft der Entscheidung auch in den Fällen nicht vollstrecken, in denen ihm nach altem Recht die Möglichkeit gegeben war, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung zu betreiben.

Auf der anderen Seite sind die Hürden für eine Beschränkung/Einstellung gem. § 120 II FamFG so hoch, dass man bei der Entscheidung über die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit mit Bedacht abwägen muss.

In Unterhaltssachen soll die sofortige Wirksamkeit angeordnet werden. Das dient der Existenzsicherung des unterhaltsberechtigten Beteiligten. Andererseits kann eine Anordnung in der Regel unterbleiben, wenn zum Unterhalt bereits eine einstweilige Anordnung ergangen ist.[75] Gleiches gilt, wenn auf die Staatskasse übergegangene Unterhaltsansprüche geltend gemacht werden.[76] Die Anordnung kann auf den laufenden Unterhalt beschränkt werden.[77] Hinsichtlich zugesprochener Unterhaltsrückstände ist zu differenzieren. Für länger zurückliegende Unterhaltsansprüche, deren sofortige Nachzahlung zur Existenzsicherung derzeit nicht erforderlich ist, soll von einer sofortigen Wirksamkeitsanordnung abgesehen werden.[78] Anderes gilt für Rückstände, die zB benötigt werden, um dringende Bankschulden abzudecken, die während des Unterhaltszeitraums aufgelaufen sind.[79] Orientieren kann man sich als Faustformel für die Rückstände an einem Dreimonatszeitraum vor Antragstellung, wie er auch in § 708 Nr. 8 ZPO zugrunde gelegt wird.[80] Gut vertretbar erscheint die strengere Auffassung des OLG Jena, dass für Unterhaltsrückstände die sofortige Wirksamkeit nicht angeordnet werden soll.[81]

[73] Prütting/Helms/Helms FamFG § 116 Rn 27
[74] Prütting/Helms/Helms FamFG § 116 Rn 27
[75] Musielak/Borth FamFG § 116 Rn 7
[76] Thomas/Putzo/Hüßtege FamFG § 116 Rn 10; HK-FamFG/Kemper § 116 Rn 10; Spieker NZFam 2016, 102.
[77] OLG Bamberg 22.6.2012 - 2 UF 296/11, FamRZ 2013, 481
[78] So zu Recht BGH 1.8.2013 – VII ZB 1/13, FamRZ 2013, 1731
[79] so auch Musielak/Borth FamFG § 116 Rn 7; Prütting/Helms/Helms FamFG § 116 Rn 28
[80] so auch HK-ZV/Giers FamFG Rn 67
[81] OLG Jena 13.7.2015 - 1 UFH 4/15, FuR 2017, 98

Typische Fallgestaltungen, die für eine sofortige Wirksamkeit sprechen, sind zB Beschlüsse auf Unterlassung güterstandswidriger Verfügungen oder Beschlüsse auf Zustimmung zu gemeinsamer steuerlicher Veranlagung oder zu begrenztem Realsplitting, wenn Fristen des Finanzamts ablaufen, oder Beschlüsse in Ehestörungsverfahren.[82]

IV. Verhältnis des § 116 Abs. 3 S. 2 zu § 120 Abs. 2 FamFG

Problematisch ist das Verhältnis zwischen der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit und deren Einstellung bzw Beschränkung. Es macht keinen Sinn, im ersten Schritt die sofortige Wirksamkeit anzuordnen, um die Vollstreckung dann im zweiten Schritt einzustellen.

Da jedoch die Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung gem. § 120 Abs. 2 FamFG an sehr strenge Voraussetzungen gebunden ist (s. D II 1 a), ist die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit mit Bedacht vorzunehmen. In der Praxis ist allerdings festzustellen, dass in Unterhaltssachen die sofortige Wirksamkeit meist sehr weitgehend und undifferenziert angeordnet wird.[83]

Für den Antragsgegner empfiehlt es sich wegen des letztlich untrennbaren Zusammenhangs zwischen Anordnung der sofortigen Wirksamkeit und deren Beschränkung einen gestaffelten Antrag zu stellen wie folgt:

1. Die sofortige Wirksamkeit wird nicht angeordnet.

2. hilfsweise für den Fall der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit wird die Einstellung der Vollstreckung beantragt.

V. Verfahren

1. Familienstreitsachen

Die Entscheidung zur sofortigen Wirksamkeit ist vom Gericht im Beschluss von Amts wegen zu treffen. Die Anordnung setzt keinen Antrag voraus. Abgesehen vom Fall des § 116 Abs. 3 S. 2 FamFG

[82] vgl HK-ZV/Giers FamFG Rn 64
[83] s. auch Cirullies, Vollstreckung in Familiensachen Rn 63.

muss der Berechtigte jedoch die Tatsachen vortragen, aus denen sich ergibt, dass die vorläufige Vollstreckung erforderlich ist, um die Durchsetzung der Forderung zu sichern, und ein Zuwarten bis zur Rechtskraft nicht angemessen ist. Der Sachvortrag muss in Familienstreitsachen rechtzeitig erfolgen. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung kann er nicht mehr berücksichtigt werden (§ 113 Abs. 1 FamFG iVm § 296 a ZPO). Das Gericht ist an seine Entscheidung gebunden, § 113 Abs. 1 FamFG, § 318 ZPO. Nur unter den Voraussetzungen des § 321 ZPO ist eine nachträgliche Ergänzung möglich (§ 120 Abs. 1 FamFG iVm § 716 ZPO)[84] Die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit gehört in den Tenor der Endentscheidung.

Die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit ist nicht selbstständig anfechtbar. Im Beschwerdeverfahren kann jedoch das Beschwerdegericht auf Antrag gemäß § 120 Abs. 2 S. 3 FamFG iVm § 719 ZPO unter denselben Voraussetzungen, die § 120 Abs. 2 S. 2 FamFG vorgibt, die Vollstreckung einstellen oder beschränken (s. D II 1 a). Umgekehrt kann das Beschwerdegericht gemäß § 64 Abs. 3 FamFG, der auch für Familienstreitsachen anwendbar ist, die sofortige Wirksamkeit der Endentscheidung erster Instanz unter Einbeziehung des Rechtsgedankens aus §§ 120 Abs. 1 FamFG, 718 Abs. 1 ZPO durch einstweilige Anordnung aussprechen, wenn das Familiengericht eine Entscheidung dazu übersehen hatte (streitig).[85]

Ein Antrag zum Beschwerdegericht auf Aufhebung der sofortigen Wirksamkeit ist nach Ansicht des OLG Karlsruhe zwar zulässig, aber unbegründet. Eine Überprüfung der Voraussetzungen der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit stehe dem Beschwerdegericht nicht zu, lediglich die Prüfung, ob eine Einstellung wegen eines nicht zu ersetzenden Nachteils gem. § 120 Abs. 2 FamFG. Ggf. ist der Antrag umzudeuten in einen solchen Antrag auf vorläufige Einstellung der Vollstreckung.[86]

2. FG-Familiensachen

Zu § 40 Abs. 3 S. 2 FamFG wird vertreten, dass die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit einen Antrag des Berechtigten voraussetzt.[87] Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift jedoch nicht und war auch im früheren Recht des § 53 FGG aF nicht gefordert.[88] Außerdem wird vertreten, dass die Anordnung auch nachträglich durch Beschluss ergehen könne, solange das Verfahren noch nicht beim Beschwerdegericht anhängig ist.[89] Dem steht jedoch gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 FamFG die fehlende Abhilfebefugnis des Erstgerichts bezüglich der Endentscheidung entgegen. Das Beschwerdegericht

[84] s. auch Prütting/Helms/Helms FamFG § 116 Rn 30
[85] KG 9.5.2014 – 18 UF 43/13, FamRZ 2014, 1934; OLG Bamberg 22.6.2012 - 2 UF 296/11, FamRZ 2013, 481; Prütting/Helms/Helms FamFG § 116 Rn 30; a.A. OLG Brandenburg 28.8.2015 - 10 UF 74/15, FamRZ 2016, 161; OLG Karlsruhe 28.2.2013 – 18 UF 363/12, NJOZ 2013, 1925
[86] OLG Karlsruhe 20.8.2013 – 18 UF 151/13, FamRZ 2014, 869.
[87] Prütting/Helms/Abramenko FamFG § 40 Rn 19
[88] HK-FamFG/Simon § 40 Rn 22
[89] Prütting/Helms/Abramenko FamFG § 40 Rn 19

kann seinerseits mit einstweiliger Anordnung die sofortige Wirksamkeit des § 64 Abs. 3 FamFG aussprechen.

V. Tenorierung

In der Tenorierung ist die Reichweite der sofortigen Wirksamkeit festzulegen. Das gilt insbesondere, wenn in Unterhaltssachen rückständiger Unterhalt nicht erfasst sein soll. Im Verbundverfahren ist klarzustellen, dass die sofortige Wirksamkeit erst ab Rechtskraft der Scheidung gilt.

Formulierungsbeispiele

Verbundverfahren:

1. Die am ... geschlossene Ehe der Beteiligten wird geschieden.

2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, an die Antragstellerin ab Rechtskraft der Scheidung einen monatlichen nachehelichen Unterhalt in Höhe von 500 EUR zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus zum Ersten eines Monats.

3. Die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung aus Ziffer 2 wird mit Eintritt der Rechtskraft der Scheidung angeordnet.

4. (Kosten)

Laufender Unterhalt und Unterhaltsrückstände:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, an die Antragstellerin einen rückständigen Tren nungsunterhalt für die Zeit vom 1.6.2017 bis zum 30.4.2018 in Höhe von 5.500 EUR zu bezahlen.

2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, an die Antragstellerin ab 1.5.2018 einen monatlichen Trennungsunterhalt in Höhe von 500 EUR zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus zum Ersten eines Monats.

3. Die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung in Ziffer 2 wird angeordnet. Die sofortige Wirk samkeit der Entscheidung in Ziffer 1 wird angeordnet, soweit es den rückständigen Unter halt für die Zeit von Januar 2018 bis April 2018 in Höhe von 2.000 EUR betrifft.

D) Einstellung und Beschränkung der Vollstreckung[90]

I. Allgemeines

Wie bei den Vollstreckungsvoraussetzungen und den Regelungen zur (sofortigen) Wirksamkeit der Entscheidung unterscheidet das FamFG auch bei der Möglichkeit der Einstellung und Beschränkung der Vollstreckung danach, ob ein Beschluss in einer Familienstreitsache oder in einer FG-Familiensache zu vollstrecken ist. Für Familienstreitsachen verweist § 120 Abs. 1 FamFG auf die Vorschriften der ZPO, regelt aber in § 120 Abs. 2 S. 2 FamFG spezielle Anforderungen an die Einstellung und Beschränkung der Vollstreckung vor Rechtskraft der Endentscheidung.

In FG-Familiensachen ist zu unterscheiden, ob die Vollstreckung nach §§ 95 ff FamFG erfolgt oder nach §§ 88 ff FamFG. Im ersten Fall enthält § 95 Abs. 3 für die Beschränkung der Vollstreckung einer Geldforderung eine Sondervorschrift. Im zweiten Fall ergeben sich die Voraussetzungen einer Einstellung der Vollstreckung aus § 93 FamFG.

Streitig ist, ob § 93 FamFG auch für die Vollstreckung nach den Vorschriften der §§ 95 ff FamFG anwendbar ist. Der Wortlaut spricht dafür, dass § 95 Abs. 1 FamFG vorrangig auf abweichende Regelungen in beiden voranstehenden Unterabschnitten abstellt. Nach herrschender Ansicht spricht die systematische Einordnung des § 93 FamFG in die Vorschriften zur Herausgabe von Personen und zur Regelung des Umgangs gegen dessen erweiterte Anwendbarkeit.[91] Dieser Ansicht ist der Vorzug zu geben. Wäre eine allgemeine Anwendung in FG-Familiensachen gewollt, wäre die Vorschrift vom Gesetzgeber systematisch dem ersten Unterabschnitt (§§ 86, 87 FamFG) zugeordnet worden.

II. Einstellung der Vollstreckung in Familienstreitsachen

Zu unterscheiden sind die Einstellungsmöglichkeiten des Familiengerichts erster Instanz und des Beschwerdegerichts.

1. Einstellung durch das Familiengericht

a) § 120 Abs. 2 S. 2 FamFG

aa) Allgemeines

[90] s. auch Grandel/Stockmann SWK FamR „Einstellung und Beschränkung der Vollstreckung“
[91] so HK-ZV/Giers FamFG Rn 165; Giers FPR 2008, 43; Bork/Jacoby/Schwab/Althammer FamFG § 93 Rn 1; Prütting/Helms/Hammer FamFG § 93 Rn 1

Das aus der ZPO bekannte Zusammenspiel zwischen der Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit mit oder ohne Sicherheitsleistung und der Abwendungsbefugnis des Schuldners (§§ 708 ff ZPO) wird in Familienstreitsachen durch die Regelung zur Anordnung der sofortigen Wirksamkeit und die Einstellungsmöglichkeiten gemäß § 120 Abs. 2 FamFG verdrängt. Die §§ 708–713 ZPO sind unanwendbar. Die §§ 714–720 ZPO finden über die Verweisungsvorschrift des § 120 Abs. 1 FamFG Anwendung, soweit sie mit den Sondervorschriften des § 120 Abs. 2 FamFG nicht in Widerspruch stehen.[92]

Über die Einstellung und Beschränkung der Vollstreckung entscheidet das Gericht erster Instanz. Die Entscheidung zu § 120 Abs. 2 FamFG ergeht nur auf Antrag. Der Antrag muss daher in erster Instanz vor Schluss der mündlichen Verhandlung (§ 714 Abs. 1 ZPO) gestellt werden. Eine Nachholung ist nicht möglich. Die Tatsachen, die für die Schutzanordnung sprechen, müssen unstreitig sein oder glaubhaft (§ 294 ZPO) gemacht werden (§ 120 Abs. 2 S. 2 FamFG). Das Gericht hat kein Ermessen bei der Entscheidung. Liegen die Voraussetzungen vor, muss eine Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung erfolgen. Die Entscheidung ist in den Tenor aufzunehmen.

bb) Nicht zu ersetzender Nachteil

Während die Entscheidung zur Anordnung der sofortigen Wirksamkeit das Interesse des Berechtigten im Blick hat, orientiert sich die Entscheidung zu § 120 Abs. 2 FamFG allein am Schutzinteresse des Verpflichteten. Die Vollstreckung kann eingestellt oder beschränkt werden, wenn dem Verpflichteten ein nicht zu ersetzender Nachteil bei einer Vollstreckung vor Rechtskraft entstehen würde. Darunter versteht man einen Schaden, der durch die Vollstreckung mit großer Sicherheit eintreten wird und nicht wieder gutgemacht werden kann.[93] Die Nachteile, die regelmäßig mit der Durchführung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verbunden sind, reichen in der Regel nicht aus, zB die Versteigerung der gepfändeten Sachen, der Verlust der Kreditwürdigkeit oder die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung.[94] Ein nicht zu ersetzender Nachteil kann entstehen, wenn die vorläufige Vollstreckung zum Verlust der beruflichen oder gewerblichen Existenzgrundlage führen würde.[95] Diese Fallgestaltung ist in einem Zugewinnverfahren denkbar, wenn nach rechtskräftiger Scheidung ein Beteiligter zur Zahlung von Zugewinn verpflichtet wird und die Vollstreckung des Anspruchs vor Rechtskraft zum Verlust seiner wirtschaftlichen Existenz führen würde.[96]

Umstritten ist, ob auch der dauerhafte Verlust einer nicht geschuldeten Geldsumme ein unersetzbarer Nachteil ist. Der Bundesgerichtshof hat das in Übereinstimmung mit der arbeitsgerichtlichen

[92] Musielak/Borth FamFG § 120 Rn 2
[93] Löhnig in: Bork/Jacoby/Schwab/Löhnig FamFG § 120 Rn 6; HK-ZV/Giers FamFG Rn 77
[94] HK-ZV/Giers FamFG Rn 77
[95] BGH 28.9.1955 – III ZR 171/55, BGHZ 18, 219; OLG Rostock 28.5.2003 – 10 UF 46/03, FamRZ 2004, 127; OLG Koblenz 29.7.2004 – 11 UF 387/04, FamRZ 2004, 127; OLG Hamm 10.3.1999 – 10 UF 239/98, FamRZ 2000, 363
[96] Musielak/Borth FamFG § 120 Rn 4

Rechtsprechung (§ 62 Abs. 1 S. 2 ArbGG) zu § 719 ZPO bejaht.[97] Dafür reicht es aber nicht aus, dass die Durchsetzung eines Rückforderungsanspruchs längere Zeit in Anspruch nehmen würde und mühsam ist[98].

In Unterhaltssachen sind viele Fälle denkbar, in denen bei Ausschluss des Entreicherungseinwandes zwar materiellrechtlich ein Rückforderungsanspruch wegen zu Unrecht bezahltem Unterhalt besteht, dieser aber dauerhaft bzw. auf absehbare Zeit nicht beitreibbar ist, weil der Unterhaltsberechtigte das Geld verbraucht hat, mittellos ist und nur unterhalb der Pfändungsfreigrenzen verdient. In der Rechtsprechung wird überwiegend angenommen, dass dies als ein nicht zu ersetzender Nachteil bewertet werden und die Vollstreckung mit dieser Begründung beschränkt oder von der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit abgesehen werden kann.[99]

Zum Teil differenziert die Rechtsprechung danach, ob aus einem für sofort wirksam erklärten Titel wegen des laufenden Unterhalts oder wegen Rückständen vollstreckt wird. Nach OLG Brandenburg verbietet es die Systematik des Gesetzes, den dauerhaften Verlust der laufenden Unterhaltszahlungen als nicht zu ersetzenden Nachteil anzusehen. Anderes soll gelten, soweit es sich um rückständigen Unterhalt handelt.[100]

Diese Unsicherheit hinsichtlich der Beschränkung der Vollstreckung macht es für die Gläubiger aber interessant, zusätzlich zum Hauptsacheverfahren eine einstweilige Anordnung in Unterhaltssachen zu beantragen. Für den Unterhaltsschuldner besteht die Möglichkeit, durch einen im Beschwerdeverfahren anhängig zu machenden hilfsweisen Rückforderungsantrag in Höhe der nach dem Titel zu zahlenden Unterhaltsbeträge analog § 258 ZPO den Entreicherungseinwand auszuschließen (s. § 818 Abs. 4 ZPO)[101] oder Darlehenszahlungen anzubieten mit dem Vorbehalt, dass auf Rückzahlung verzichtet wird, soweit geltend gemachte Unterhaltsansprüche sich als gerechtfertigt erweisen.[102]

---

[97] BGH 30.1.2007 – X ZR 147/06, NJW-RR 2007, 1138; ebenso Musielak/Lackmann ZPO § 707 Rn 9; OLG Hamm 21.9.2010 – 4 UF 94/10, FamRZ 2011, 322

[98] Prütting/Helms/Helms FamFG § 120 Rn 7

[99] so im Anschluss an BGH 30.1.2007 – X ZR 147/06, NJW-RR 2007, 1138 z.B. OLG Stuttgart 20.11.2014 – 18 UF 239/14 – FamRZ 2015, 777; OLG Rostock 7.3.2011 – 10 UF 219/10, FamRZ 2011, 1679; OLG Hamm 28.12.2011 – 8 UF 137/11, FamFR 2012, 160; OLG Hamm 1.3.2011 – II 8 UF 40/11, FamRZ 2011, 232; OLG Hamm 2.2.2011 – 8 UF 15/11, FamRZ 2011, 1317; OLG Bremen 21.9.2010 – 4 UF 94/10, FamRZ 2011, 322; OLG Frankfurt 12.3.2010 – 2 UF 362/09, FamRZ 2010, 1370; HK-FamFG/Kemper § 120 Rn 9

[100] OLG Brandenburg 11.2.2015 – 13 UF 250/14, FamRZ 2015, 1741; OLG Brandenburg 24.4.2014 – 13 UF 26/14, FamRZ 2015, 165; OLG Brandenburg 20.12.2013 – 13 UF 225/13, FamRZ 2014, 866.

[101] BGH 17.6.1992 - XII ZR 119/91, FamRZ 1992, 1152

[102] zu den einzelnen Fallgestaltungen s. BGH 23.3.1983 - IVb ZR 358/81, FamRZ 1983, 574; BGH 15.2.1989 - IVb ZR 41/88, FamRZ 1989, 718; BGH 17.6.1992 - XII ZR 119/91, FamRZ 1992, 1152; BGH 27.10.1999 - XII ZR 239/97, FamRZ 2000, 751; BGH 11.8.2010 - XII ZR 102/09, FamRZ 2010, 1637; s. auch Seiler FuR 2017, 583; Christl NZFam 2017, 791; Heiter FamRZ 2015, 1353

cc) Möglichkeiten der Einstellung und Beschränkung

§ 120 Abs. 2 FamFG ermöglicht – entsprechend § 62 Abs. 1 S. 2 ArbGG – die Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung, wenn die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung angeordnet wurde. Einstellung bedeutet, dass die Vollstreckung nicht begonnen bzw nicht mehr fortgesetzt werden darf. Beschränkung bedeutet, dass die Vollstreckung auf einen Teil des titulierten Anspruchs begrenzt wird (zB auf einen Teil des titulierten Unterhalts oder auf den laufenden Unterhalt ohne die titulierten Rückstände) und/oder bestimmte Vollstreckungsmaßnahmen ausgeschlossen werden (zB Ausschluss der Zwangsversteigerung eines bestimmten Grundstücks). Die Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen sieht § 120 Abs. 2 FamFG nicht vor.

Streitig ist, ob eine Einstellung der Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung des Verpflichteten zulässig ist, vergleichbar §§ 717, 707 ZPO, oder ob eine Beschränkung in der Gestalt zulässig ist, dass der Berechtigte die Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung durchführen darf bzw die sofortige Wirksamkeit nur gegen Sicherheitsleistung möglich ist.

Dafür sprechen sich aus: OLG Jena FuR 2017, 98; OLG Jena 13.7.2015 – 1 UFH 4/15 = BeckRS 2016, 02232; OLG Frankfurt 12.3.2010 – 2 UF 362/09, FamRZ 2010, 1370; Rasch FPR, 2010, 150, 152; Blank in: Bahrenfuss FamFG § 120 Rn 5; offen gelassen haben es Giers FamRB 2009, 87, 88; Bork/Jacoby/Schwab/Althammer § 95 FamFG Rn 11; dagegen sprechen sich aus: OLG Bremen FamRZ 2011, 322; OLG Hamm FamRZ 2011, 589; Thomas/Putzo/Seiler § 120 FamFG Rn 6d; Musielak/Borth § 120 FamFG Rn 3; Prütting/Helms/Helms § 120 FamFG Rn 3.

Die Möglichkeit, die Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung zuzulassen oder sie gegen Sicherheitsleistung des Verpflichteten einzustellen, wäre eine vernünftige und praktikable Lösung, die schon bisher den gegensätzlichen Interessen gerecht geworden ist. Für sie spricht, dass § 120 Abs. 2 S. 3 FamFG für bestimmte Fallkonstellationen auf § 707 und § 719 ZPO verweist. Außerdem ist in § 120 FamFG – anders als in § 62 Abs. 1 S. 4 ArbGG – die Möglichkeit der Sicherheitsleistung nicht ausdrücklich ausgeschlossen.[103] Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber bewusst eine Systemänderung in Abweichung zu den §§ 708 ff ZPO vorgenommen hat, die bindend ist, mit dem Ziel, die Gläubigerstellung zu stärken. Daher ist – was bedauerlich ist – die Möglichkeit der Beschränkung der Vollstreckung über die Anordnung einer Sicherheitsleistung nicht eröffnet.[104]

dd) Rechtsbehelfe

[103] Giers FamRB 2009, 87, 88
[104] OLG Bremen 21.9.2010 – 4 UF 94/10, FamRZ 2011, 322; OLG Hamm 7.9.2010 – 11 UF 155/10, FamRZ 2011, 589

Es stellt sich dann aber die Frage, ob eine nachträgliche Anordnung der sofortigen Wirksamkeit durch das Beschwerdegericht nicht auch ausscheidet.

Die Entscheidung zu § 120 Abs. 2 FamFG ist nicht gesondert anfechtbar.[105] In der Vollstreckung selbst sind über die Verweisung in § 120 Abs. 1 FamFG die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe anwendbar (§§ 732, 766, 793 ZPO).

b) §§ 707 Abs. 1, 719 Abs. 1 S. 1, 1. alt. ZPO iVm § 120 Abs. 2 S. 3 FamFG

Das Familiengericht kann auch in den in § 707 Abs. 1 ZPO und § 719 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 ZPO genannten Verfahren (u.a. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Wiederaufnahme des Verfahrens, Einspruch nach Versäumnisbeschluss, Rügeverfahren nach § 321 a ZPO) die Vollstreckung einstellen oder beschränken. Das ist aber nur unter denselben Voraussetzungen wie in § 120 Abs. 2 S. 1 FamFG zulässig. Das ist in zweierlei Richtung von Relevanz. Zum einen setzt auch die Anwendung der §§ 707, 719 ZPO voraus, dass dem Verpflichteten ein nicht zu ersetzender Nachteil entstehen muss[106]. Zum anderen entspricht auch der Entscheidungsrahmen demjenigen aus § 120 Abs. 2 S. 2 FamFG, so dass auch in diesen Fällen bedauerlicherweise keine Einstellung gegen Sicherheitsleistung möglich ist.[107]

Eine Anfechtung der Entscheidung über den Einstellungsantrag ist nicht möglich, § 707 Abs. 2 S. 2 ZPO iVm § 120 Abs. 1 FamFG.

c) § 242 FamFG iVm § 769 ZPO

Ist in einer Unterhaltssache ein Abänderungsantrag gemäß §§ 238–240 FamFG auf Herabsetzung des titulierten Unterhalts oder ein Verfahrenskostenhilfeantrag hierfür anhängig, kann die Vollstreckung gemäß § 769 ZPO einstweilig beschränkt werden (§ 242 FamFG). Nach altem Recht wurde § 769 ZPO analog angewendet. § 769 ZPO ist über den Wortlaut des § 242 FamFG hinaus auch anwendbar auf einen negativen Feststellungsantrag, der sich gegen eine Unterhaltsverpflichtung aus einer einstweiligen Anordnung richtet. Denn die Zielrichtung ist identisch. Wie ein Abänderungsantrag zielt er auf Beseitigung oder Herabsetzung einer Unterhaltspflicht aus einer einstweiligen Anordnung.[108] Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum alten Recht.[109]

---

[105] Griesche FamRB 2009, 258, 263; Thomas/Putzo/Hüßtege FamFG § 120 Rn 8
[106] so auch OLG Hamm 2.2.2011 – 8 UF 15/11, FamRZ 2011, 1317
[107] Prütting/Helms/Helms FamFG § 120 Rn 11; Büte FuR 2010, 124; **aA** OLG Hamm 2.2.2011 – 8 UF 15/11, FamRZ 2011, 1317; HK-FamFG/Kemper § 120 FamFG Rn 7; Thomas/Putzo/Seiler § 120 FamFG Rn 7; Keidel/Weber FamFG § 120 Rn 18a
[108] Musielak/Borth FamFG § 242 Rn 2
[109] BGH 19.12.1984 – IVb ZR 51/83, NJW 1985, 1074

Notwendig ist ein Antrag des Antragstellers. Er unterliegt nicht dem Anwaltszwang, sondern kann zB durch einen Bedürftigen selbst in Verbindung mit einem Antrag auf Verfahrenskostenhilfe gestellt werden (§ 114 Abs. 4 Nr. 1).[110]

Anders als im Fall für § 769 ZPO vertreten,[111] ist für die Einstellung gemäß § 242 FamFG nicht Voraussetzung, dass die Verfahrenskostenhilfe für den Abänderungsantrag bewilligt ist. Sie muss lediglich beantragt sein.[112]

d) Vollstreckungsgegenantrag

Der Antrag setzt nicht voraus, dass konkret bereits Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet wurden. Sie müssen aber im Einzelfall drohen.[113] Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung ist nicht zwingend notwendig. Ist sie aber erteilt, besteht das Rechtsschutzbedürfnis für den Einstellungsantrag. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn die Zwangsvollstreckung bereits endgültig beendet ist (also mit vollständiger Erfüllung der titulierten Forderung einschließlich der entstandenen Vollstreckungskosten).[114] Vollstreckt ein Gläubiger darüber hinaus in rechtswidriger Weise weiter, ist ein Vollstreckungsgegenantrag gemäß § 767 ZPO mit einer Einstellungsmöglichkeit aus § 769 ZPO zulässig.

Die Entscheidung über die Einstellung mit oder ohne Sicherheitsleistung liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Maßgebend sind die Erfolgsaussichten des Abänderungsantrages und die wirtschaftlichen Auswirkungen der Entscheidung über die einstweilige Einstellung auf die Beteiligten. Eine Einstellung ohne Sicherheitsleistung setzt voraus, dass der Verpflichtete dazu nicht in der Lage ist und sein Abänderungsantrag hinreichende Erfolgsaussicht hat. Es ist Glaubhaftmachung erforderlich, § 769 Abs. 1 S. 2, 3 ZPO.

Ein Wertungswiderspruch im System der Vollstreckungsschutzvorschriften des FamFG liegt darin, dass im Rahmen des § 242 FamFG und des § 769 ZPO eine Einstellung gegen Sicherheitsleistung in Abänderungsverfahren zulässig sein soll ist,[115] während dies nach § 120 Abs. 2 S. 2, 3 FamFG in erster Instanz und im Beschwerdeverfahren, wenn es um den Leistungsantrag auf Unterhalt geht, nach denselben Kommentarmeinungen für nicht möglich gehalten wird. Ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung eines Leistungs- bzw. Beschwerdeverfahrens in einer Unterhaltssache und des Abänderungsverfahrens nach §§ 238 ff FamFG ist nicht gegeben. Auch dies spricht dafür, § 120

[110] s. auch Musielak/Borth FamFG § 242 FamFG Rn 3
[111] zB HK-ZPO/Kindl § 769 Rn 3; HK-ZV/Schneiders § 769 ZPO Rn 16
[112] Prütting/Helms/Bömelburg FamFG § 242 Rn 4
[113] Musielak/Lackmann ZPO § 707 Rn 5; weitergehend HK-ZV/Schneiders § 769 ZPO Rn 17: Antrag auch zulässig, ohne dass Vollstreckung konkret droht
[114] Musielak/Lackmann ZPO Vor § 704 Rn 29
[115] vgl. Prütting/Helms/Bömelburg FamFG § 242 Rn 4, Musielak/Borth FamFG § 242 Rn 5

FamFG dahingehend zu korrigieren oder auszulegen, dass dort ebenfalls eine Einstellung gegen Sicherheitsleistung möglich ist.

Die Entscheidung ergeht durch Beschluss nach Anhörung des Antragsgegners. Eine mündliche Verhandlung ist nicht erforderlich. Das Gericht kann außer der Einstellung auch die einstweilige Aufhebung von Unterhaltsmaßnahmen anordnen. Das wird bei Verfahren auf Unterhaltsabänderung in der Praxis aber eine seltene Ausnahme sein. Eine Kostenentscheidung enthält der Beschluss nicht. Die Kosten dieses unselbstständigen Verfahrens sind Kosten des Hauptsacheverfahrens auf Unterhaltsabänderung.

Der Beschluss des Familiengerichts ist nicht anfechtbar, § 242 S. 2 FamFG. Möglich ist jederzeit ein Antrag auf Abänderung des Beschlusses. Hat in dringenden Fällen der Rechtspfleger des Vollstreckungsgerichts (§ 769 Abs. 2 S. 1 ZPO) entschieden, ist die befristete Rechtspflegererinnerung gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 RPflG möglich, über die der Richter des Vollstreckungsgerichts abschließend entscheidet.

2. Einstellung durch das Beschwerdegericht

Streitig ist, ob in Familienstreitsachen das Beschwerdegericht die Vollstreckung einstweilen gem. § 120 Abs. 2 FamFG einstellen darf, wenn in erster Instanz kein Antrag auf Beschränkung gestellt worden war. Der 3. Senat des OLG Frankfurt[116] vertritt die Auffassung, dass ein Antrag auf Einstellung der Vollstreckung im Beschwerdeverfahren unzulässig ist, wenn der Schuldner es versäumt hat, erstinstanzlich einen Antrag nach § 120 Abs. 2 S. 2 FamFG zu stellen. Es zieht die Parallele zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass eine Einstellung der Vollstreckung im Revisionsverfahren nicht zulässig ist, wenn in der Berufungsinstanz kein Schutzantrag gestellt worden war.[117] Der Vollstreckungsschutz soll möglichst schon im erstinstanzlichen Erkenntnisverfahren geprüft werden.

Der 6. Senat des OLG Frankfurt[118] lässt einen erstmalig im Beschwerdeverfahren gestellten Einstellungsantrag nur zu, wenn er auf Gründe gestützt wird, die zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz noch nicht vorlagen oder aus anderen Gründen nicht vorgetragen und glaubhaft gemacht werden konnten.

Das OLG Hamm[119] und OLG Hamburg[120] halten zwar einen Antrag aus 120 Abs. 2 S. 2 FamFG ebenfalls für unzulässig, wollen aber einen Antrag aus § 120 Abs. 2 S. 3 FamFG, § 719 ZPO zulassen. Nach

[116] OLG Frankfurt 22.2.2011 – 3 UF 460/10, NJW-RR 2011, 1303
[117] BGH 6.4.2011 – XII ZR 111/10, FamRZ 2011, 884
[118] OLG Frankfurt (6. Senat) 15.6.2015 – 6 UF 105/15, FamRZ 2016, 76; OLG Frankfurt (6. Senat) 12.8.2014 – 6 UF 205/14, FamRZ 2015, 1223
[119] OLG Hamm 1.3.2011 – 8 UF 40/11, FamRZ 2011, 1678

herrschender Ansicht kommt es nicht darauf an, ob in erster Instanz ein Vollstreckungsschutzantrag gestellt worden war.[121] Der letzteren Ansicht ist zuzustimmen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs beruht auf den Besonderheiten des Revisionsverfahrens und ist nicht auf das Beschwerdeverfahren übertragbar. Aus Wortlaut und Systematik des § 120 Abs. 2 FamFG lassen sich solche Zulässigkeitsbeschränkungen nicht ableiten. Wegen der rechtlichen Unsicherheit sollte aber vorsorglich stets bereits in erster Instanz ein Schutzantrag gestellt werden. Bislang kommt das in der Praxis nur selten vor.

Das Beschwerdegericht kann unter den gleichen Voraussetzungen wie das Familiengericht (§ 120 Abs. 2 S. 3 FamFG, § 719 ZPO) die Vollstreckung einstellen (s. oben). Eingestellt werden kann nur, wenn die Vollstreckung dem Verpflichteten einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

Uneinheitlich wird bewertet, inwieweit bei der Beurteilung der Einstellungsvoraussetzungen auch die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels mit einzubeziehen sind. Nach OLG Hamm[122], OLG Rostock[123] und OLG Frankfurt[124] sind die Erfolgsaussichten der Beschwerde mit zu berücksichtigen. Nach anderer Ansicht soll dies nur relevant sein, wenn entweder ein Rechtsmittel von vornherein als aussichtslos zu beurteilen ist[125] oder umgekehrt die angefochtene Entscheidung greifbar gesetzwidrig war.[126]

Positive Erfolgsaussichten reichen als Begründung für eine Einstellung nach der Konzeption des § 120 Abs. 2 FamFG nicht aus.[127]

Die Einstellung setzt voraus, dass gegen die erstinstanzliche Entscheidung Beschwerde eingelegt wurde. Ein Verfahrenskostenhilfeantrag für eine beabsichtigte Beschwerde genügt nicht.[128] Eine Einstellung gegen Sicherheitsleistung ist nicht möglich (s.o.).

§ 64 Abs. 3 FamFG ermöglicht es dem Beschwerdegericht, eine einstweilige Anordnung zu erlassen, in der die Vollziehung des angefochtenen Beschlusses ausgesetzt wird. Das Verhältnis der Vorschrift zu § 120 Abs. 2 FamFG ist problematisch. § 120 FamFG ist die speziellere Regelung für die dort genannten Fallgestaltungen und gibt damit den Maßstab vor, an dem sich die Entscheidung über eine

---

[120] OLG Hamburg 26.4.2012 – 2 UF 48/12, FamRB 2012, 279
[121] OLG Frankfurt (4. Senat) 15.5.2015 – 4 UF 103 / 15, MDR 2015, 1078; OLG Frankfurt (5. Senat) 26.1.2015 – 5 UF 265/14, NJW-RR 2015, 519; OLG Düsseldorf 28.1.2013 - 7 UF 230/12, FamRZ 2014, 870; OLG Rostock 7.3.2011 – 10 UF 219/10, FamRZ 2011, 306; OLG Bremen 21.9.2010 – 4 UF 94/10, FamRZ 2011, 322; Bahrenfuss/Blank §120 FamFG Rn 5 aE; Hk-ZV/Giers FamFG Rn 78; Prütting/Helms/Helms FamFG § 120 Rn 11
[122] OLG Hamm 2.2.2011 – 8 UF 15/11, FamRZ 2011, 1317
[123] OLG Rostock 7.3.2011 – 10 UF 219/10, FamRZ 2011, 1679
[124] OLG Frankfurt 12.3.2010 – 2 UF 362/09, FamRZ 2010, 1370
[125] Musielak/Borth FamFG § 120 Rn 4
[126] OLG Hamm 7.9.2010 – 11 UF 155/10, FamRZ 2011, 589
[127] Prütting/Helms/Helms FamFG § 120 Rn 11
[128] HK-ZV/Giers § 719 ZPO Rn 4; OLG Frankfurt a.M. 3.4.1998 – 8 W 13/98 = MDR 1999, 828; aA OLG Brandenburg 12.5.2005 – 1 U 4/05, MDR 2005, 1192

Einstellung der Vollstreckung orientieren muss. Dieser Maßstab darf nicht über § 64 Abs. 3 FamFG unterlaufen werden.[129]

III. Einstellung der Vollstreckung in FG-Familienachen

Für die Einstellung der Vollstreckung in FG-Familiensachen stellt das FamFG spezielle Normen zur Verfügung.

1. § 93 Abs. 1 FamFG

Das Familiengericht kann die Vollstreckung von Entscheidungen über die Herausgabe von Personen und Umgangsregelungen in den dort genannten Fällen einstweilen einstellen und beschränken sowie Vollstreckungsmaßnahmen aufheben. Er ist auf die Einstellung der Vollstreckung wegen anderer Verpflichtungen nicht anwendbar ist.[130]

Eines Antrags bedarf es theoretisch nicht. Zuständig für die Einstellungsentscheidung ist das Gericht, das die Vollstreckung betreibt (§ 88 Abs. 1 FamFG). Die Entscheidung liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Gemäß § 93 Abs. 2 FamFG muss die Vollstreckung in den Fällen des § 775 Nr. 1, 2 ZPO eingestellt und nach Maßgabe des § 776 ZPO aufgehoben werden. Das ist der Fall, wenn eine wirksame Entscheidung vorgelegt wird, aus der sich ergibt, dass der zu vollstreckende Beschluss nicht mehr vollstreckt werden darf oder die Vollstreckung einstweilen eingestellt wurde.

Das Beschwerdegericht kann in Fällen der Nr. 3 die Vollstreckung durch einstweilige Anordnung einstweilen einstellen gemäß § 64 Abs. 3 FamFG. Dies setzt eine zulässige Beschwerde voraus. Ein Antrag auf Verfahrenskostenhilfe genügt nicht. Zulässif sind nur vorläufige Maßnahmen, nicht endgültige wie eine Aufhebung oder Abänderung des Beschlusses.[131] Der Beschluss ist nicht anfechtbar, § 93 Abs. 1 S. 3 FamFG.

2. § 95 Abs. 3 FamFG

§ 95 FamFG erfasst die Vollstreckung anderer Vollstreckungstitel in FG-Familiensachen, die nicht die Herausgabe von Personen oder Umgangsregelungen betreffen und die keine Familienstreitsachen sind (für diese gilt § 120 FamFG).

Für die Vollstreckung einer Geldforderung enthält § 95 Abs. 3 FamFG eine besondere Regelung, die es erlaubt, die Vollstreckung vor Rechtskraft der Entscheidung auszuschließen. Diese Regelung ist

[129] KG 9.5.2014 – 18 UF 43/13, FamRZ 2014, 1934
[130] Prütting/Helms/Hammer FamFG § 93 Rn 1
[131] Thomas/Putzo/Reichold FamFG § 64 Rn 9

vor dem Hintergrund zu sehen, dass in FG-Familiensachen die Entscheidung grundsätzlich schon mit ihrer Bekanntgabe und nicht erst mit ihrer Rechtskraft wirksam (§ 40 Abs. 1 FamFG) und vollstreckbar wird (§ 86 Abs. 2 FamFG). Für die Hauptanwendungsfälle des § 95 Abs. 1 Nr. 1 FamFG (Zahlungspflichten in Versorgungsausgleichssachen oder in Ehewohnungs- und Haushaltssachen) wird die Vorschrift nicht relevant, weil die Beschlüsse erst mit Rechtskraft wirksam werden (§§ 224 Abs. 1, 209 Abs. 2 S. 1 FamFG), es sei denn, die sofortige Wirksamkeit ist angeordnet (§ 209 Abs. 2 S. 2 FamFG).

Der Ausschluss der Vollstreckung setzt einen entsprechenden Antrag voraus. Der Antrag muss, da das erkennende Gericht darüber zu entscheiden hat, vor Erlass der Hauptsacheentscheidung gestellt werden. Über den Antrag wird zusammen mit der Hauptsache durch Beschluss entschieden. Eine nachträgliche Entscheidung ist nicht möglich, wohl aber eine Abänderung gemäß § 48 FamFG.[132]

Die Vollstreckung muss ausgeschlossen werden, wenn sie dem Verpflichteten einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. Ein Ermessen des Gerichts besteht nicht. Aus dem Wortlaut der Vorschrift, der nur den Ausschluss der Vollstreckung zulässt, ist der Schluss zu ziehen, dass eine Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung nicht möglich ist.[133] Das Ausgangsgericht kann in den Fällen des § 707 ZPO (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß §§ 579 ff ZPO), das Beschwerdegericht gemäß § 719 ZPO die Vollstreckung im Rahmen seines Ermessens vorläufig einstellen, aber nur unter der Voraussetzung, dass ansonsten ein nicht zu ersetzender Nachteil für den Verpflichteten entstehen würde. Das ergibt sich aus § 95 Abs. 3 S. 2 FamFG.[134] In diesen Fällen kann die Vollstreckung auch gegen Sicherheitsleistung eingestellt werden oder deren Fortsetzung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.[135]

Der Einstellungsantrag kann im Beschwerdeverfahren auch dann gestellt werden, wenn die Gründe in erster Instanz schon vorgetragen und kein Antrag in erster Instanz gestellt worden war.[136]

Streitig ist, ob ein Beschluss gemäß § 95 Abs. 3 S. 2 FamFG iVm § 707 ZPO mit der zweiwöchigen sofortigen Beschwerde aus § 87 Abs. 4 FamFG, §§ 567 ff ZPO anfechtbar ist.[137] Dafür spricht, dass in § 95 Abs. 3 S. 2 FamFG nur auf § 707 Abs. 1 ZPO verwiesen wird, nicht auf dessen Abs. 2. Dagegen spricht, dass § 87 Abs. 4 FamFG nur Entscheidungen meint, die im Vollstreckungsverfahren ergehen,

---

[132] Musielak/Borth FamFG § 95 Rn 10
[133] Musielak/Borth FamFG § 95 Rn 10; offen Bork/Jacoby/Schwab/Althammer FamFG § 95 Rn 11
[134] Keidel/Giers FamFG § 95 Rn 21; **aA** BLAH/Hartmann § 95 FamFG Rn 8
[135] HK-FamFG/von Harbou/Simon § 95 Rn 11; aA: nur ohne Sicherheitsleistung Musielak/Borth FamFG § 95 Rn 10
[136] strittig, wie hier HK-ZV/Giers FamFG Rn 243 i.V.m. 87 mwN
[137] so Musielak/Borth FamFG § 95 Rn 10; HK-ZV/Giers FamFG Rn 251

Entscheidungen des erstinstanzlichen Gerichts also nur erfasst, soweit es als Vollstreckungsgericht tätig wird.[138]

3. Einstellung der Vollstreckung gemäß § 95 FamFG außerhalb von Geldforderungen

In Fällen des § 95 Nr. 2–4 FamFG kann eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung entsprechend §§ 707 Abs. 1, 719 Abs. 1 ZPO erfolgen. Das ergibt sich aus der Verweisung in die ZPO, § 95 Abs. 1 FamFG. Außerdem ist im Beschwerdeverfahren eine einstweilige Anordnung durch das Beschwerdegericht gemäß § 64 Abs. 3 FamFG möglich.

4. Sonstige Einstellungsmöglichkeiten

Aufgrund der Verweisung in die ZPO sind in den Fällen des § 95 FamFG u.a. noch folgende Einstellungsmöglichkeiten gegeben:

- einstweilige Einstellung durch das Vollstreckungsgericht in Verfahren der Vollstreckungserinnerung gemäß §§ 776 Abs. 1 S. 2, 732 Abs. 2 ZPO;
- Aussetzung der Vollziehung im Beschwerdeverfahren gegen Beschlüsse in Vollstreckungsverfahren gemäß § 87 Abs. 4 FamFG, § 570 Abs. 2 ZPO;
- einstweilige Einstellung im Rahmen von Vollstreckungsgegenanträgen (§ 767 ZPO) oder Drittwiderspruchsanträgen (§ 771 ZPO) gemäß § 769 ZPO;.
- Vollstreckungsschutz gem. § 765 a ZPO, z.B. gegen die Entscheidung auf Räumung und Herausgabe der Ehewohnung; zuständig ist jedoch nicht das Familien-, sondern das Vollstreckungsgericht.[139]

[138] HK-FamFG/von Harbou/Simon § 95 Rn 16
[139] OLG Frankfurt 22.2.2013 – 4 WF 48/13, NJW-RR 2013, 776