

FamFG

Kommentar

Bearbeitet von
Martin Haußleiter, Dr. Sarah Eickelmann, Prof. Dr. Christian Gomille, Dr. Martin Heidebach, Dr. Till
Schemmann

2. Auflage 2017. Buch. XLI, 1451 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 66568 4

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Zivilverfahrensrecht
allgemein, Gesamtdarstellungen > Schiedsverfahrensrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit](#)

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

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

(2) Die persönliche Anhörung eines Beteiligten kann unterbleiben, wenn hiervon erhebliche Nachteile für seine Gesundheit zu besorgen sind oder der Beteiligte offensichtlich nicht in der Lage ist, seinen Willen kundzutun.

(3) Bleibt der Beteiligte im anberaumten Anhörungstermin unentschuldig aus, kann das Verfahren ohne seine persönliche Anhörung beendet werden. Der Beteiligte ist auf die Folgen seines Ausbleibens hinzuweisen.

I. Allgemeines

§ 34 betrifft die **zwingende persönliche Anhörung** eines Beteiligten. Sie unterscheidet sich von § 33 zum einen dadurch, dass die Anhörung hier nicht der Aufklärung des Sachverhalts dient, sondern der Gewährung rechtlichen Gehörs (Brehm § 10 Rn. 30; BT-Drs. 16/6308, 192), zum anderen dadurch, dass die Anhörung nach § 34 nicht zwingend in einem Erörterungstermin iSd § 32 stattzufinden hat (Keidel Rn. 34; BT-Drs. 16/6308, 192). Geltung beansprucht § 34 auch im Beschwerdeverfahren (BeckOK FamFG Rn. 6a). Nicht anzuwenden ist § 34 in Ehesachen und Familienstreitsachen (§ 113 I).

II. Pflicht zur persönlichen Anhörung

Rechtliches Gehör ist stets zu gewähren; in welcher Form dies geschieht – insbesondere ob es sich mit einer schriftlichen Stellungnahmen des anzuhörenden Beteiligten begnügt –, steht außerhalb spezialgesetzlicher Anordnung grundsätzlich im Ermessen des Gerichts (Habscheid § 20 II 5b). Die jeweiligen Fähigkeiten des konkreten Beteiligten sich schriftlich auszudrücken, sind dabei zu berücksichtigen. Dort, wo Rechte oder Rechtsgüter von Bedeutung vorliegen oder wo widersprüchliche schriftliche Einlassungen eines oder mehrerer Beteiligter vorliegen, ist idR eine persönliche Anhörung erforderlich (Habscheid § 20 II 5b). I greift diese schon bislang geltenden Grundsätze auf. Nr. 1 betrifft nach allgemeinen Regeln die Fälle der Ermessensreduzierung auf Null; Nr. 2 wiederholt lediglich das Ergebnis der Gesetzssystematik.

1. Kraft gesetzlicher Anordnung (Abs. 1 Nr. 2). Zahlreiche Bestimmungen innerhalb und außerhalb des FamFG schreiben eine persönliche Anhörung der Beteiligten vor, etwa: §§ 159 I, II, 160 I 2, II, 167 IV (Kindschaftssachen), § 192 I, II (Adoptionssachen), §§ 278 I, 284 I 2, 296 I, II, 297 I (Betreuungssachen), § 319 I (Unterbringungssachen) oder § 420 I (Freiheitsentziehungssachen).

2. Erforderlichkeit zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs (Abs. 1 Nr. 1). Rechtliches Gehör bedeutet, dass den Beteiligten die Möglichkeit zu geben ist, sich im Verfahren mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten (BVerfG NJW 1998, 2273; 1980, 2698); insbesondere haben sie einen Anspruch darauf, sich vor Erlass einer gerichtlichen Entscheidung zu dem zugrunde liegenden Sachverhalt zu äußern (BVerfG NJW 1998, 2273). Laut Regierungsbegründung entzieht sich I Nr. 1 einer allgemeinen Definition (BT-Drs. 16/6308, 192). Es gelten diejenigen Erwägungen, die unabhängig von I Nr. 1 ohnehin bei der Ermessensausübung anzustellen wären. Dabei handelt es sich zum einen um die bereits erwähnte Fähigkeit des konkreten Beteiligten, seinen Standpunkt auch schriftlich darzutun (OLG Brandenburg FPR 2003, 336 (337); BT-Drs. 16/6308, 192). Zum anderen ist die Bedeutung des Eingriffs in eine Rechtsposition des Betroffenen, den die Entscheidung bedeutete, zu berücksichtigen (BayObLG NJW-RR 2005, 1314; OLG München FGPrax 2008, 137 (138); BT-Drs. 16/6308, 192). Stets ist persönlich anzuhören, wenn der Eindruck, den das Gericht sich von dem Beteiligten zu verschaffen hat, von wesentlicher Bedeutung für die Entscheidungsfindung ist (BGH NJWE-FER 2001, 26; BayObLG NJW-RR 2005, 1314; OLG München FGPrax 2008, 137 (138)).

§ 34

Buch 1. Allgemeiner Teil

- 5 **3. Ausnahmen von der zwingenden persönlichen Anhörung (Abs. 2).** Ausnahmsweise kann die persönliche Anhörung aus schwerwiegenden Gründen unterbleiben. Das Gericht muss eine Interessenabwägung anstellen zwischen dem Vorteil, den die persönliche Anhörung für den Betroffenen selbst und für die sachgerechte Erledigung des Verfahrens verspricht, und der – insbesondere psychischen – Belastung, die eine Anhörung durch das Gericht für den betroffenen Beteiligten bedeutete (BayObLG NJW-RR 2001, 722 (723); KG NJW-RR 2009, 1012 (1013): Störung des seelischen Gleichgewichts eines Kindes). Es muss zur Überzeugung des Gerichts feststehen, dass ein Fall des II vorliegt (Keidel Rn. 40). Will das Gericht von einer an sich gebotenen persönlichen Anhörung des Beteiligten absehen, muss es die leitenden Gründe darlegen (KG NJW-RR 2009, 1012 (1013)).
- 6 **4. Verstoß.** Unterbleibt die zwingend gebotene Anhörung, ohne dass ein Fall des II vorliegt, so bedeutet das einen Verfahrensfehler, auf dem die Entscheidung in aller Regel beruht (OLG Brandenburg FPR 2003, 336 (337); vgl. auch BVerfG BeckRS 2010, 42309).

III. Verfahren

- 7 Gegenüber dem anzuhörenden Beteiligten hat eine Ladung entsprechend § 33 II zu erfolgen und zwar einschließlich der Benachrichtigung seines Verfahrensvertreters (Keidel Rn. 33). Auf III 1 ist in der Ladung hinzuweisen. Wo und wie die persönliche Anhörung durchzuführen ist, entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, soweit nichts anderes bestimmt ist (Keidel Rn. 34). Die Anhörung kann – sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind – durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen (Prü/He Rn. 16), jedoch nur dann, wenn von vornherein angenommen werden kann, dass das erkennende Gericht das Ergebnis der Anhörung auch ohne eigenen Eindruck von der anzuhörenden Person abschließend zu würdigen vermag (BayObLG NJW-RR 1997, 69 (70)). Über das Ergebnis der persönlichen Anhörung ist ein Aktenvermerk nach § 28 IV zu fertigen.

IV. Verhältnis zur Anhörung zum Zwecke der Sachverhaltsaufklärung; Folgen unentschuldigter Ausbleibens

- 8 Die persönlichen Anhörungen zum Zwecke der Sachverhaltsaufklärung und zum Zwecke der Gewährleistung rechtlichen Gehörs überschneiden sich häufig in ihren Wirkungen. Namentlich dienen zwingende persönliche Anhörungen vielfach nicht nur der Gewährleistung rechtlichen Gehörs, sondern zugleich der Sachverhaltsaufklärung (BVerfG NJW 2007, 3560 (3561); BGH NJWE-FER 2001, 26; BayObLG NJW-RR 2001, 722 (723); OLG Saarbrücken NJOZ 2009, 1566 (1567)). Dennoch bestehen Unterschiede je danach, mit welcher Zwecksetzung eine persönliche Anhörung erfolgt. So kann das Gericht nicht das persönliche Erscheinen des Beteiligten anordnen, wenn er zum Zwecke der Gehörgewähr angehört werden soll. Ebenso wenig können hier Ordnungsmittel an das **unentschuldigte Ausbleiben** geknüpft werden; das unentschuldigte Ausbleiben hat gem. III 2 lediglich zur Folge, dass das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen eine Endentscheidung treffen kann, ohne den betroffenen Beteiligten zuvor persönlich angehört zu haben (BeckOK FamFG Rn. 18). Umgekehrt kann das Gericht nicht gem. III 1 eine Endentscheidung unter Verzicht auf die persönliche Anhörung eines Beteiligten treffen, wenn die Beteiligung vorgeschrieben ist und zumindest auch der Sachverhaltsaufklärung dient (BGH NJW 2015, 693 Rn. 5; OLG Bremen MDR 2015, 338).
- 9 Erfolgt die persönliche Anhörung des Betroffenen **zur Gehörgewähr und zugleich zur Sachverhaltsaufklärung**, so bestimmt das Gericht nach Maßgabe des § 33 I, ob es die Anhörung in einem Erörterungstermin nach § 32 vornimmt und damit den Zweck sowohl der Anhörung nach § 33 als auch derjenigen nach

§ 34 verfolgt. In diesem Fall – und unter der weiteren Voraussetzung der Anordnung des persönlichen Erscheinens nach § 33 I – kann das unentschuldigte Ausbleiben mit Ordnungsmitteln nach § 33 III belegt werden (Prü/He Rn. 31). Führt das Gericht die persönliche Anhörung außerhalb eines Erörterungstermins durch, handelt es sich nicht um eine Maßnahme nach § 33 und Sanktionen nach § 33 III scheiden von vornherein aus. Hört das Gericht den Beteiligten in einem Erörterungstermin nach § 32 an und zwar zu dem ausschließlichen Zweck – die Zwecksetzung ergibt sich aus der Ladung, da andernfalls nicht ordnungsgemäß geladen ist –, dem Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren, kommen Sanktionen nach § 33 III ebenfalls nicht in Betracht, weil keine Anhörung nach § 33 vorliegt (missverständlich B/H/S/S Rn. 6).

§ 35 Zwangsmittel

(1) **Ist auf Grund einer gerichtlichen Anordnung die Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Handlung durchzusetzen, kann das Gericht, sofern ein Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, gegen den Verpflichteten durch Beschluss Zwangsgeld festsetzen. Das Gericht kann für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Zwangshaft anordnen. Verspricht die Anordnung eines Zwangsgeldes keinen Erfolg, soll das Gericht Zwangshaft anordnen.**

(2) **Die gerichtliche Entscheidung, die die Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Handlung anordnet, hat auf die Folgen einer Zuwiderhandlung gegen die Entscheidung hinzuweisen.**

(3) **Das einzelne Zwangsgeld darf den Betrag von 25 000 Euro nicht übersteigen. Mit der Festsetzung des Zwangsmittels sind dem Verpflichteten zugleich die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen. Für den Vollzug der Haft gelten § 802g Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, die §§ 802h und 802j Abs. 1 der Zivilprozessordnung entsprechend.**

(4) **Ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder Vorlage einer Sache oder zur Vornahme einer vertretbaren Handlung zu vollstrecken, so kann das Gericht, soweit ein Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, durch Beschluss neben oder anstelle einer Maßnahme nach den Absätzen 1, 2 die in §§ 883, 886, 887 der Zivilprozessordnung vorgesehenen Maßnahmen anordnen. Die §§ 891 und 892 der Zivilprozessordnung gelten entsprechend.**

(5) **Der Beschluss, durch den Zwangsmaßnahmen angeordnet werden, ist mit der sofortigen Beschwerde in entsprechender Anwendung der §§ 567 bis 572 der Zivilprozessordnung anfechtbar.**

I. Allgemeines

Mit § 35 bezweckt der Gesetzgeber, die frühere Vermischung von Zwangsmitteln im Erkenntnisverfahren und in der Vollstreckung zu beseitigen (BT-Drs. 16/6308, 192). Gem. § 113 I findet § 35 in Ehesachen und Familienstreitsachen keine Anwendung.

II. Abgrenzungen

Als Zwangsmittel sieht § 35 insbesondere das **Zwangsgeld** und die **Zwangshaft** vor. Zwangsmittel sind in erster Linie Beugemittel (Cirullies NJW 2013, 203 (204)), dh sie dienen dazu, „den Ungehorsam gegen eine richterliche Anordnung zu brechen und deren Befolgung zu erzwingen“ (Habscheid § 37 I 2). Verschiedentlich – etwa im Fall des § 890 ZPO – fungieren Zwangsmittel zugleich als Sanktion für

§ 35

Buch 1. Allgemeiner Teil

einen begangenen Rechtsverstoß und haben insoweit strafähnlichen (BVerfG NJW 1991, 3139; NJW 1981, 2457) oder jedenfalls repressiven (StJ § 890 ZPO Rn. 3) Charakter. Auf § 35 trifft dies indes nicht zu, so dass es hier bei der Beugefunktion verbleibt (Keidel Rn. 2; Habscheid § 37 I 2).

- 2a Ordnungsgelder** sollen nach verbreiteter Auffassung begrifflich in Anlehnung an Art. 6 EGStGB keine Beugemittel sein, sondern Strafe für eine erfolgte Zuwiderhandlung (BFH DStRE 2007, 790 (791); OLG Neustadt NJW 1957, 1156; jeweils zu § 380 ZPO; Brehm [3. Aufl.] Rn. 530). Dass dies stets zutrifft, darf bezweifelt werden (OLG Brandenburg NJWE-FER 2000, 159; Habscheid § 37 I 2: „Zwangsgeld und Ordnungsgeld sind [...] Beugemittel“), namentlich § 33 III wird der Sanktionscharakter abgesprochen (Keidel § 33 Rn. 23). Unabhängig von der begrifflichen Einordnung können beide Maßnahmen aber jedenfalls nicht kumulativ zur Anwendung kommen, wenn die als Ordnungsmittel bezeichnete Maßnahme – wie es insbesondere bei § 380 ZPO (OLG Neustadt NJW 1957, 1155 (1156)) und § 33 III (BT-Drs. 16/6308, 191) der Fall ist – dazu dient, ein bestimmtes Verhalten des Adressaten zu erzwingen.
- 3** Von der **Zwangsvollstreckung** gem. §§ 86–96a unterscheiden sich Maßnahmen des § 35 anhand des Gegenstands der zwangsweisen Durchsetzung. Dabei betrifft § 35 die Durchsetzung verfahrensleitender Anordnungen des Gerichts (B/H/S Rn. 1; BT-Drs. 16/6308, 192). Hingegen betrifft die Zwangsvollstreckung die Endentscheidungen und weiteren von § 86 I benannten Titel (OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 16147). Dabei erfasst § 86 I Nr. 1 nur Beschlüsse iSd § 38 I (KG NJW-RR 2014, 1320 Rn. 9; B/H/S Rn. 1). §§ 388–392 sind gegenüber § 35 speziell (BT-Drs. 16/6308, 192).
- 4** Wenn Bestimmungen **außerhalb des FamFG** ausdrückliche Regelungen für einzelne Elemente des Zwangsmittelverfahrens bei verfahrensleitenden Anordnungen vorsehen, dann sind diese ebenfalls vorrangige Spezialvorschriften gegenüber § 35 (BT-Drs. 16/6308, 192). Das gilt etwa für § 1788 BGB aber auch, soweit § 30 auf die Bestimmungen über die **förmliche Beweisaufnahme** verweist und dort Zwangsmittel vorgesehen sind (§ 380 ZPO, für Sachverständige iVm § 402 ZPO; § 372a II 2 ZPO). Sieht der Regelungskomplex außerhalb des FamFG keine Maßnahmen zur Erzwingung verfahrensleitender Anordnungen vor – etwa §§ 142, 144 ZPO gegen Parteien bzw. Beteiligte –, so ist maßgeblich, ob insoweit eine Ausschlusswirkung anzunehmen ist, die sich aufgrund ihres Sinns und Zwecks auch gegen § 35 durchsetzt. Soweit §§ 142, 144 ZPO keine Zwangsmaßnahmen vorsehen, aufgrund derer ein Beteiligter zur Vorlage von Urkunden oder Augenscheinsobjekten bzw. zur Duldung der Augenscheinseinnahme gezwungen werden kann, ist dies dem Beibringungsgrundsatz geschuldet und auf das FamFG-Verfahren nicht übertragbar. Folglich kann das Gericht hier Maßnahmen nach § 35 auch gegen den Beteiligten ergreifen (iErg auch S-B/W § 27 Rn. 19). **§ 33 III** geht aufgrund der Gesetzssystematik § 35 vor.

III. Durchsetzbare Anordnungen

- 5** Durchsetzbare Anordnungen iSd § 35 sind verfahrensleitende Anordnungen mit vollstreckbarem Inhalt (KG NJW-RR 2014, 1320 Rn. 9; OLG Saarbrücken BeckRS 2014, 16461; Prü/He Rn. 5). **Verfahrensleitende Anordnungen** sind alle Entscheidungen, die das Gericht während eines Verfahrens trifft und die auf die gesetzmäßige und zweckentsprechende Abwicklung des Verfahrensablaufs gerichtet sind (RSG ZivilprozR § 78 Rn. 1), ohne dass sie dabei den Verfahrensgegenstand selbst betreffen (OLG Celle NJW 2010, 2223; Habscheid § 23 I 1 a; Brehm § 18 Rn. 9). Die Regierungsbegründung beschreibt dies als Anordnungen mit den Zielen der Sachaufklärung, der Abgabe verfahrenserheblicher Erklärungen durch die Beteiligten oder der Überwachung des Verfahrens (BT-Drs. 16/6308, 192). Die rechtliche

Form, in der die Anordnung ergeht, ist gleichgültig. Verfahrensleitende Anordnungen haben einen **vollstreckbaren Inhalt**, wenn sie den Adressaten zu einem genau bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichten (OLG Schleswig BeckRS 2015, 08586; Keidel Rn. 7). In Betracht kommen die Vornahme oder Unterlassung einer vertretbaren oder unvertretbaren Handlung einschließlich der Herausgabe oder Vorlage einer Sache (BT-Drs. 16/6308, 193). Die bloße Anordnung einer förmlichen Beweisaufnahme durch Augenscheineinnahme in ein bestimmtes Objekt begründet noch keine Handlungspflichten, wohl aber die Anordnung gegenüber einem Dritten, das Augenscheinsobjekt vorzulegen. Auch die Ladung als solche begründet für den Beteiligten noch keine Erscheinungspflicht, sondern erst die – dann in der Ladung auszusprechende – Anordnung des persönlichen Erscheinens (erzwingbar freilich nicht nach § 35, sondern nach § 33 III).

§ 35 stellt **keine Rechtsgrundlage** für das Gericht dar, Handlungs- oder Unterlassungspflichten für die Beteiligten oder für Dritte anzuordnen; diese muss sich aus anderen Vorschriften ergeben (OLG Karlsruhe BeckRS 2016, 09423; OLG Naumburg BeckRS 2005, 30351541; BeckOK FamFG Rn. 6; Habscheid § 37 I 1). Die Verpflichtung muss ferner gerade aus der gerichtlichen Anordnung resultieren; allgemeine Verhaltenspflichten Beteiligter oder Dritter, die auch ohne gerichtliche Anordnung kraft Gesetzes bestehen, bilden demnach keine taugliche Rechtsgrundlage (OLG Schleswig FamRZ 1994, 1129 (1130): Mitwirkung des Jugendamts). § 27 stellt ebenfalls keine Rechtsgrundlage für nach § 35 erzwingbares Verhalten dar (S-B/W § 27 Rn. 19), weil die Beteiligten an der Sachverhaltsaufklärung lediglich mitwirken sollen. Aus der durch § 27 angeordneten Mitwirkungslast wird vielmehr erst dort eine zwangsweise durchsetzbare Mitwirkungspflicht, wo das Gericht – wie bei §§ 142, 144 ZPO iVm § 30 – dem Beteiligten auf Basis einer konkreten gesetzlichen Ermächtigung eine entsprechende Pflicht auferlegt (S-B/W § 27 Rn. 19). In diesem Sinn ist auch die Regierungsbegründung zu verstehen, wenn sie zu § 27 ausführt, die Mitwirkung der Beteiligten sei nur eingeschränkt erzwingbar (BT-Drs. 16/6308, 186).

Die durch das Gericht ausgesprochene Verpflichtung muss ferner **erzwingbar** sein. Aus der Formulierung des I 1 folgt insoweit der Grundsatz, dass gerichtliche Anordnungen, die auf tauglicher Rechtsgrundlage beruhen, zugleich erzwingbar sind (vgl. dazu auf Basis des früheren Rechts OLG Karlsruhe NJOZ 2006, 2651 (2652); OLG Schleswig FamRZ 1994, 1129 (1130)). Ausnahmen bedürfen besonderer gesetzlicher Anordnung (vgl. Keidel Rn. 22).

IV. Die Zwangsmittel und ihre Festsetzung

§ 35 sieht unterschiedliche Zwangsmittel vor. I nennt Zwangsgeld und Zwangshaft; verpflichtet die gerichtliche Anordnung zur Herausgabe einer Sache oder zur Vornahme einer vertretbaren Handlung, kommen gem. IV zusätzlich § 883 ZPO (Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher), § 886 ZPO (Pfändung des Herausgabeanspruchs) und § 887 ZPO (Ersatzvornahme) in Betracht. Ein Zwangsmittel kann nur festgesetzt werden, wenn eine wirksame gerichtliche Anordnung mit genau bestimmtem vollstreckbarem Inhalt vorliegt, in dieser Anordnung auf die Folgen einer Zuwiderhandlung nach II hingewiesen wurde und der Adressat gegen die ihm auferlegte Verpflichtung verstoßen hat (vgl. Zimmermann Rn. 247). Der Hinweis nach II tritt an die Stelle der Androhung des früheren § 33 III FGG (BT-Drs. 16/6308, 193; zur dennoch erfolgten Androhung vgl. OLG München BeckRS 2010, 07320).

1. Wirksame Anordnung. Die Anordnung wird wirksam, wenn das Gericht sie demjenigen, den sie verpflichten soll, in der Art und Weise zur Kenntnis bringt, die für die Anordnung in ihrer konkreten Ausgestaltung gesetzlich vorgesehen ist. Je nachdem ist entweder Bekanntgabe nach § 15 I, II oder formlose Mitteilung nach

§ 35

Buch 1. Allgemeiner Teil

§ 15 III erforderlich bzw. genügend. Der **Hinweis nach II** hat in der Anordnung zu erfolgen (OLG Naumburg BeckRS 2015, 02297; Keidel Rn. 15). Inhaltlich muss er jedenfalls diejenigen Zwangsmittel konkret bezeichnen, die das Gericht für den Fall der Zuwiderhandlung in Aussicht stellt. Das Gericht kann jedoch auch sämtliche Maßnahmen nach § 35 aufnehmen. Einzelaufzählung ist erforderlich, ein Pauschalhinweis auf nicht näher bezeichnete Maßnahmen nach § 35 genügt nicht (Keidel Rn. 15). Bei Zwangsgeld und Zwangshaft sind je ein bestimmter Betrag bzw. eine bestimmte Dauer anzugeben (OLG Brandenburg MDR 2014, 1092; S-B/W Rn. 9), wobei die gesetzliche Höchstdauer für II genügt (Keidel Rn. 15). Unterbleibt der Hinweis in der Anordnung, kann er nachgeholt werden (OLG Naumburg BeckRS 2015, 02297; Keidel Rn. 15; aA S-B/W Rn. 9) und zwar in derselben Form wie die Anordnung. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass bei einer wiederholten Festsetzung wegen einer erneuten Zuwiderhandlung ein abermaliger Hinweis erfolgen müsse (OLG Karlsruhe MDR 2016, 416; B/H/S Rn. 6; Keidel Rn. 16). Dem ist wegen der erforderlichen Warnfunktion zuzustimmen. Die Festsetzung eines Zwangsmittels ohne einen vorherigen ausreichenden Hinweis ist fehlerhaft und zwar auch dann, wenn der Adressat die drohenden Folgen ohnehin kannte (B/H/S Rn. 6; zurückhaltender Keidel Rn. 15).

- 10 **2. Verstoß.** Es genügt nicht, dass der Adressat der Anordnung objektiv gegen die ihm auferlegte Verpflichtung verstößt; über den Wortlaut hinaus muss der Verstoß **schuldhaft** sein (OLG Karlsruhe NJOZ 2007, 1342; OLG Brandenburg NJOZ 2008, 483 (484); S-B/W Rn. 8; Keidel Rn. 39; Brehm [3. Aufl.] Rn. 533). Kein Verstoß liegt vor, wenn die ausgesprochene Verpflichtung zwischenzeitlich nicht mehr erfüllbar oder durch Zeitablauf erloschen ist (Brehm [3. Aufl.] Rn. 533).
- 11 **3. Festsetzung von Zwangsgeld.** Ob und in welcher Höhe das Gericht ein Zwangsgeld festsetzt, entscheidet es nach pflichtgemäßem Ermessen. Der Höchstbetrag für das einzelne Zwangsgeld beträgt nach III 1 25.000,- EUR. Zu berücksichtigen sind der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Keidel Rn. 36) sowie alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere das Maß des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Betroffenen (BayObLG BeckRS 1998, 02235; OLG Karlsruhe NJOZ 2005, 1605 (1609)), die Wirkungslosigkeit bisheriger Zwangsgelder und die Intensität mehrerer Zwangsgelder (OLG Karlsruhe NJOZ 2005, 1605 (1609)). Unzulässig ist die Zwangsgeldfestsetzung gegen Geschäftsunfähige (Brehm [3. Aufl.] Rn. 533). Wenn der Adressat der Anordnung Folge leistet, nachdem das Gericht den Zwangsgeldbeschluss erlassen hat, ist dieser auf die sofortige Beschwerde des Adressaten hin aufzuheben (OLG Schleswig BeckRS 2012, 04674; OLG Frankfurt a.M. FGPrax 2011, 322). Nach Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses kommt eine Aufhebung hingegen auch dann nicht mehr in Betracht, wenn der Betroffene die Pflicht später erfüllt hat (Keidel Rn. 49; aA OLG Neustadt NJW 1957, 1155 (1156)). Die Vollstreckung bemisst sich nach der JBeitrO, § 1 I Nr. 3 JBeitrO.
- 12 **4. Festsetzung von Zwangshaft.** Zwangshaft kann nach I 2 festgesetzt werden, wenn das Zwangsgeld nicht beigetrieben werden kann, und soll nach I 3 festgesetzt werden, wenn ein Zwangsgeld von vornherein keinen Erfolg verspricht. Im Fall des I 2 bedarf es nach erfolglosem Vollstreckungsversuch keines weiteren Hinweises auf die ersatzweise Festsetzung von Zwangshaft, wenn in der Anordnung bereits auf die Möglichkeit des I 2 in gehöriger Weise hingewiesen wurde (Keidel Rn. 27). Mit der Festsetzung originärer Zwangshaft nach I 3 ist zurückhaltend zu verfahren; es ist wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zunächst das mildeste Mittel zu wählen (OLG Brandenburg NJW-RR 2001, 1089 (1090)). Sie kommt insbesondere in Betracht, wenn Vollstreckungen in der Vergangenheit bereits fruchtlos verliefen (OLG Dresden BeckRS 2009, 04701; OLG Brandenburg NJW-RR 2001, 1089 (1090)). Die Rspr. bejaht das teils auch dann, wenn der Adressat klarstellt, der

Vergleich

§ 36

Anordnung nicht Folge leisten zu wollen, mittellos ist und daher von vornherein absehbar ist, dass eine Zwangsgeldfestsetzung ihn nicht beeindrucken werde (OLG Frankfurt a.M. NJW 2002, 3785). Will das Gericht nach der Vollstreckung von Zwangsgeldfestsetzungen zur originären Zwangshaft übergehen, bedarf es ebenfalls eines entsprechenden Hinweises nach II. Für den Vollzug verweist III 3 auf die entsprechenden Bestimmungen der ZPO.

5. Maßnahmen nach §§ 883, 886, 887 ZPO (Abs. 4). Soll die Anordnung zur Herausgabe einer Sache oder zur Vornahme einer vertretbaren Handlung durchgesetzt werden, hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen die Möglichkeit, neben oder anstelle der Maßnahmen nach I auf die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher (§ 883 ZPO), Pfändung des Herausgabeanspruchs (§ 886 ZPO) oder Ersatzvornahme (§ 887 ZPO) als Zwangsmittel zurückzugreifen. Nach IV 2 gelten §§ 891, 892 ZPO entsprechend. Durch die dadurch eröffnete Wahlmöglichkeit soll das Gericht in die Lage versetzt werden, eine verfahrensleitende Maßnahme effektiv umzusetzen (BT-Drs. 16/6308, 193). **13**

V. Festsetzungsbeschluss und Anfechtung (Abs. 5)

Die Festsetzung des jeweiligen Zwangsmittels erfolgt gem. V durch gesonderten und selbständig mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Beschluss und zwar durch das Gericht, das die zu erzwingende Anordnung im ersten Rechtszug ausgesprochen hat (Keidel Rn. 34). Erfasst sind auch Entscheidungen des Grundbuchamts, durch die es in einem Grundbuchberichtigungsverfahren ein Zwangsgeld festsetzt (OLG Naumburg FGPrax 2013, 158 (159); OLG Köln FGPrax 2010, 216). Nicht selbständig anfechtbar ist der Hinweis auf das für den Fall der Nichtbefolgung der Anordnung festzusetzende Zwangsmittel (BGH NJW-RR 2012, 1156 Rn. 7). **14**

§ 36 Vergleich

(1) Die Beteiligten können einen Vergleich schließen, soweit sie über den Gegenstand des Verfahrens verfügen können. Das Gericht soll außer in Gewaltschutzsachen auf eine gütliche Einigung der Beteiligten hinwirken.

(2) Kommt eine Einigung im Termin zustande, ist hierüber eine Niederschrift anzufertigen. Die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Niederschrift des Vergleichs sind entsprechend anzuwenden.

(3) Ein nach Absatz 1 Satz 1 zulässiger Vergleich kann auch schriftlich entsprechend § 278 Abs. 6 der Zivilprozessordnung geschlossen werden.

(4) Unrichtigkeiten in der Niederschrift oder in dem Beschluss über den Vergleich können entsprechend § 164 der Zivilprozessordnung berichtigt werden.

(5) Das Gericht kann die Beteiligten für den Versuch einer gütlichen Einigung vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen. Für das Verfahren vor dem Güterichter gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend.

Übersicht

	Rn.
I. Allgemeines	1
II. Begriff und Wirkungen	2
1. Begriff des Vergleichs	2
2. Wirkungen	5

	Rn.
III. Zulässigkeit des Vergleichs (Abs. 1 S. 1)	9
IV. Abschluss und Wirksamkeit	10
1. In einem anhängigen Verfahren vor einem deutschen Gericht (Abs. 1 S. 2, Abs. 2, Abs. 3)	11
2. Der Inhalt des Vergleichs	16
3. Vergleich als Verfahrenshandlung	17
4. Vergleich als Rechtsgeschäft	20
5. Das Problem des Widerrufs	21
6. Verknüpfung beider Ebenen	22
7. Streit über die Gültigkeit und Verfahren	23
V. Berichtigungen gem. Abs. 4 iVm § 164 ZPO	24
VI. Verfahren vor dem Güterichter	25
1. Allgemeines	25
2. In Betracht kommende Verfahren	26
3. Der Güterichter	28
4. Die Verweisung der Beteiligten	29
5. Die Durchführung des Einigungsversuchs	32

I. Allgemeines

- 1 Die Streitbeilegung durch Abschluss eines Vergleichs wurde bereits vor der FGG-Reform überall dort als zulässig angesehen, wo die Beteiligten über das Verfahren und den Verfahrensgegenstand verfügen können (Bassenge/Roth Einl. FGG Rn. 134; Habscheid § 19 I 1 c). Der Gesetzgeber der FGG-Reform hat diesen Gedanken in § 36 aufgegriffen und ihn in einer zuvor nicht kodifizierten allgemeinen Regelung über den Vergleich in der freiwilligen Gerichtsbarkeit umgesetzt (BT-Drs. 16/6308, 193). Die Regeln für die einzelnen Verfahren sehen teils besondere Bestimmungen über den Vergleich vor, etwa § 156 II, der eine erzielte Übereinkunft über den Umgang oder die Herausgabe des Kindes unter den Vorbehalt gerichtlicher Billigung stellt. § 36 ist auf Ehesachen und Familienstreitsachen gem. § 113 I nicht anwendbar.

II. Begriff und Wirkungen

- 2 **1. Begriff des Vergleichs.** § 36 betrifft als Verfahrensvorschrift nur den Vergleich im verfahrensrechtlichen Sinn; in Anlehnung an den zivilprozessualen Sprachgebrauch kann man von einem **Verfahrensvergleich** sprechen. Die Legaldefinition in § 794 I Nr. 1 ZPO gilt entsprechend (MüKoZPO § 794 Rn. 22). Danach ist Verfahrensvergleich ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Vertragsparteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (§ 779 I BGB) und der zwischen den Beteiligten oder zwischen einem Beteiligten und einem Dritten zur Beilegung des Verfahrens seinem ganzen Umfang nach oder in Betreff eines Teiles des Verfahrensgegenstandes vor einem deutschen Gericht abgeschlossen wird (vgl. auch RSG ZivilprozR § 130 Rn. 1).
- 3 Abzugrenzen ist der Verfahrensvergleich gegen den **außergerichtlichen Vergleich**, der keinen unmittelbaren Einfluss auf das Verfahren hat und sich nur auf materiellrechtlicher Ebene auswirkt (BGH NJW 2002, 1502 (1504)). Der Verfahrensvergleich unterscheidet sich vom außergerichtlichen Vergleich dadurch, dass er in einem anhängigen gerichtlichen Verfahren geschlossen wird (RSG ZivilprozR § 130 Rn. 6).
- 4 Der Verfahrensvergleich hat **Doppelnatur**. Er ist sowohl Verfahrenshandlung als auch materiellrechtliches Rechtsgeschäft (BGH NJW 2005, 3576 (3577); 2000, 1942 (1943)).