

Münchener Kommentar zum FamFG Band 1: §§ 1-270 FamFG

Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) mit Internationalem und Europäischem Zivilverfahrensrecht in Familiensachen (IZVR, EuZVR)

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Rauscher, Bearbeiter: Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M. University of Michigan, Alexander Erbarth, Richter am Amtsgericht, Ansgar Fischer, Richter am Oberlandesgericht, Prof. Dr. Christian Fischer, Prof. Dr. Stefan Heilmann, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Norbert Heiter, Richter am Oberlandesgericht, Michael Henjes, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Prof. Dr. Katharina Hilbig-Lugani, Carola Macco, Richterin am Oberlandesgericht, Dr. Hans-Ulrich Maurer, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Dr. Steffen Pabst, LL.M. Stockholms Universitet, Akademischer Rat, Julia Pasche, Rechtsanwältin, Wulf Schindler, Richter am Oberlandesgericht, Prof. Dr. Eva Schumann, Dr. Jürgen Soyka, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Angelika Stein, Richterin am Oberlandesgericht, Dr. Bernhard Ulrici, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Assistent, Dr. Wolfram Viefhues, Richter am Amtsgericht a.D., und Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Zimmermann, Vizepräsident des Landgerichts a.D., Sachregister: Martina Ludlei

3. Auflage 2018. Buch. 2240 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 68661 0

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

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

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

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
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.

Notwendigkeit einer familien- oder betreuungsgerichtlichen Maßnahme unmittelbar nach sich zieht.¹⁰ Eine Mitteilungspflicht besteht aber auch, wenn die Anordnung **zur ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens** erforderlich ist, mithin wenn eine Vormundschaft, Betreuung oder Pflegschaft angeordnet werden muss oder in deren Rahmen eine Maßnahme zu treffen ist.¹¹

Das Tätigwerden muss **erforderlich** sein. Dies hat das Gericht in eigener Verantwortung unabhängig vom Familien- oder Betreuungsgericht zu prüfen.¹² Eine Mitteilungspflicht besteht daher nicht, wenn bei einem gerichtlichen Verfahren lediglich Verhältnisse hervortreten, die ein Einschreiten im Rahmen einer Vormundschaft, Pflegschaft oder Betreuung geboten erscheinen lassen,¹³ das Tätigwerden allein zweckmäßig, sachdienlich oder förderlich wäre. Jedoch ist hier regelmäßig zumindest eine Mitteilungsbefugnis auf Grund Abs. 2 gegeben (→ Rn. 16 ff.).

2. Folgen. Durch die Mitteilung wird das **Familien- oder Betreuungsgericht** in die Lage versetzt **über ein eigenes Tätigwerden zu entscheiden**. Dies wird in der Regel die Einleitung oder Aufhebung einer Vormundschaft oder Betreuung, kann jedoch auch jede andere (Einzel-)Maßnahme innerhalb oder außerhalb eines bei ihm anhängigen Verfahrens sein. Es kann auch zu dem Ergebnis gelangen, dass keine Tätigkeit zu erfolgen hat; ein Beschwerderecht hiergegen steht dem mitteilenden Gericht nicht zu.¹⁴

Die Mitteilungspflicht dient nicht allein dem öffentlichen Interesse, sondern auch dem Schutz des von einer möglichen familien- oder betreuungsgerichtlichen Maßnahme Betroffenen. Eine Verletzung der Mitteilungspflicht kann daher **Amtshaftungsansprüche** nach § 839 BGB auslösen. Der Betroffene ist Dritter iSv § 839 Abs. 1 BGB.¹⁵

3. Einzelfälle. Wird ein **Elternteil**, dem die elterliche Sorge allein zusteht, für **tot erklärt** (§ 2 VerschG), so bedarf es als Folge dieser Entscheidung entweder der Übertragung der elterlichen Sorge auf den anderen Elternteil unter dem Vorbehalt des Kindeswohls (§§ 1681 Abs. 1, 1680 Abs. 2 BGB) oder der Anordnung einer Vormundschaft (§ 1773 BGB) durch das Familiengericht. Es besteht eine Mitteilungspflicht. Bestand dagegen eine gemeinsame elterliche Sorge, so erhält der andere Elternteil diese nunmehr von Gesetzes wegen allein (§§ 1681 Abs. 1, 1680 Abs. 1 BGB), sodass es keiner familiengerichtlichen Tätigkeit bedarf und daher keine Mitteilungspflicht besteht.

Bei **Todeserklärung** eines **Vormundes, Gegenvormundes, Pflegers** oder **Betreuers** muss das Familien- bzw. Betreuungsgericht jemand anderen bestellen, der diese Tätigkeit sodann übernimmt, bzw. unter Umständen Maßnahmen nach § 1846 BGB ergreifen. Eine entsprechende Mitteilung ist daher erforderlich.

Mit der **Todeserklärung** des **Mündels** oder **Betreuten** endet die Vormundschaft bzw. Betreuung von Gesetzes wegen. Sie erfordert mithin kein Tätigwerden des Familien- oder Betreuungsgerichts. Eine Mitteilung ist daher nicht erforderlich.¹⁶

Bei **Bestellung eines Betreuers** für einen **Vormund** (§§ 1886, 1781 BGB), **Gegenvormund** (§ 1792 Abs. 4 BGB) oder **Pfleger** (§ 1915 BGB) ist dieser zu entlassen, ein Tätigwerden mithin notwendig und eine Mitteilung daher erforderlich. Bei der Bestellung eines Betreuers für den **Betreuer** kommt es für die Entlassung zwar auf dessen Eignung an (§ 1908b BGB), sie hat nicht automatisch zu erfolgen, jedoch ist dies durch das Betreuungsgericht zu überprüfen und daher auch eine entsprechende Mitteilungspflicht gegeben.

Eine Mitteilungspflicht wird angenommen, wenn ein **Abwesenheitspfleger** für einen Vermissten **zur Durchführung eines Verfahrens** zu bestellen ist, soweit lediglich ein Angehöriger ohne Vollmacht auftritt (zB im Wertpapierbereinungsverfahren).¹⁷

Wird über das Vermögen des Vormundes ein **Insolvenzverfahren** eröffnet oder abgeschlossen, so wäre dieser zwar im Regelfall bei der Bestellung als Vormund nach § 1779 Abs. 2 BGB wegen Nichteignung nicht zu berücksichtigen bzw. nach § 1778 Abs. 1 Nr. 4 BGB zu übergehen, ist er jedoch bereits Vormund, so hat dies nicht zwingend seine Entlassung zur Folge (§ 1886 BGB). Ein Tätigwerden des Familiengerichts ist mithin nicht erforderlich (→ Rn. 7). Es besteht daher **keine Mitteilungspflicht**, jedoch kann eine Mitteilungsbefugnis nach Abs. 2 vorliegen. Gleiches gilt aufgrund § 1792 Abs. 4 BGB für den Gegenvormund, aufgrund § 1915 BGB für den Pfleger.

¹⁰ Jansen/Müller-Lukoschek FGG § 35a Rn. 4.

¹¹ Keidel/Sternal Rn. 6.

¹² Bassenge/Roth/Gottwald Rn. 3.

¹³ BGH NJW 1992, 1884 (1886); Jansen/Müller-Lukoschek FGG § 35a Rn. 5; Bumiller/Harders/Schwamb Rn. 1; Meysen/Rakete-Dombek Rn. 2.

¹⁴ Keidel/Sternal Rn. 8; Meysen/Rakete-Dombek Rn. 4.

¹⁵ BGH NJW 1992, 1884 (1886); Jansen/Müller-Lukoschek FGG § 35a Rn. 2.

¹⁶ Jansen/Müller-Lukoschek FGG § 35a Rn. 11.

¹⁷ Keidel/Sternal Rn. 6.

IV. Sonstige Übermittlungsbefugnis personenbezogener Daten (Abs. 2)

- 16 Mit Abs. 2 wird die **Befugnis** zur Übermittlung personenbezogener Daten in sonstigen Fällen geschaffen. Besteht keine Mitteilungspflicht auf Grund Abs. 1, so kann dennoch **nach eigenem Ermessen** eine Mitteilung vorgenommen werden, wenn nur die Kenntnis der Daten durch das Familien- oder Betreuungsgericht für erforderlich gehalten wird. Notwendig ist nicht, dass ein unmittelbares Tätigwerden des Familien- oder Betreuungsgerichts erforderlich ist. Die Regelung bildet die gesetzliche Grundlage zur Einschränkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen, die mit dem besonderen Schutzbedürfnis von Minderjährigen und Betreuten gerechtfertigt wird.¹⁸
- 17 Im Gegenzug ist die Übermittlung jedoch nur nach einer **Abwägung** der widerstreitenden Interessen zulässig. Für die Übermittlung sind das Schutzbedürfnis eines Minderjährigen oder Betreuten und das öffentliche Interesse an der Übermittlung zu berücksichtigen. Gegen die Übermittlung sind die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen am Ausschluss der Übermittlung einzustellen, soweit sie für das Gericht erkennbar sind. Überwiegen die letztgenannten Interessen, besteht keine Befugnis zur Datenübermittlung.
- 18 Eine Übermittlung ist zudem nicht zulässig, wenn besondere bundes- oder entsprechende landesgesetzliche **Verwendungsregelungen** entgegenstehen (Abs. 2 S. 2). Dies sind insbesondere entsprechende Datenschutzbestimmungen.

V. Verfahren und Überprüfung

- 19 Das Verfahren der Mitteilung richtet sich, soweit ordentliche Gerichte oder Arbeitsgerichte (§ 13 Abs. 2 ArbGG) tätig werden, nach den §§ 12–22 EGGVG. Die Norm ist besondere Rechtsvorschrift iSv § 13 Abs. 1 Nr. 1 EGGVG. Welche weiteren Daten mit übermittelt werden dürfen bestimmt § 18 EGGVG, die Verwendung der Daten durch das Familien- oder Betreuungsgericht richtet sich nach § 19 EGGVG. Ergänzende Pflichten des mitteilenden Gerichts ergeben sich aus § 20 EGGVG, insbesondere, wenn die Datenübermittlung vor Beendigung des Verfahrens erfolgte. Die Auskunftsrechte des Betroffenen werden von § 21 EGGVG, dessen Möglichkeiten, die Rechtmäßigkeit der Datenübermittlung überprüfen zu lassen, von § 22 EGGVG geregelt.

VI. Kosten

- 20 Die Mitteilung des Gerichts löst keine weiteren Kosten und Gebühren aus.

¹⁸ BT-Drs. 13/4709, 30.

Abschnitt 2. Verfahren im ersten Rechtszug

Vorbemerkung zu § 23

Schrifttum: *Appelhaagen*, Gilt Artikel 103 Absatz 1 des Grundgesetzes im Amtsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit?, 1966; *Baumgärtel*, Zur Lehre vom Streitgegenstand, JuS 1974, 69; *Bohnert*, Mitwirkungspflichten bei der Beweisaufnahme in Familiensachen, NZFam 2014, 107; *Brehm*, Der Allgemeine Teil des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), FPR 2006, 401; *Brodowski*, Präventive Richtervorbehalte und deren nachträgliche Kontrolle, in *Effer-Uhe/Hoven/Kempny/Rösinger*, Einheit der Prozessrechtswissenschaft?, 2016, 69; *Büte*, Das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), FuR 2008, 537; *Fenge*, Die materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1958; *Feskorn*, Grundsätze der Kostentragungspflicht nach dem FamFG, FPR 2012, 254; *Gomille*, Beweiserhebung – Unterschiede zwischen ZPO- und FamFG-Verfahren, NZFam 2014, 100; *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 1970; *Habscheid*, Schiedsverfahren und Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZZ 66 (1953), 188; *ders.*, Zum Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 1954, 689; *ders.*, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956; *ders.*, Bestimmen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime den Streitgegenstand?, FamRZ 1971, 297; *Hennemann*, Die Umsetzung des Vorrangs- und Beschleunigungsgrundsatzes – Schnelle Terminierung und Fristsetzung bei schriftlicher Begutachtung, FPR 2009, 20; *Jacoby*, Der Regierungsentwurf für ein FamFG, FamRZ 2007, 1703; *Jansen*, Wandlungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1964; *Jauernig*, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, 1967; *Keidel*, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1964; *Klose*, Die Gewährung des rechtlichen Gehörs im Zivilprozess, NJ 2017, 282; *Kuntze*, Referentenentwurf eines FGG-Reformgesetzes, FGPrax 2005, 185; *Kurzeja*, Rechtskraft und Abänderbarkeit gerichtlicher Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1997; *Lamberti*, Das Beweisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2009; *Lent*, Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZZ 66 (1953), 267; *Leuschner*, Die Registersache FC Bayern München e.V., NZG 2017, 16; *Lindacher*, Verfahrensgrundsätze in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JuS 1978, 577; *Lipp*, Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung und der Entscheidungserkündung, FPR 2011, 37; *Munding*, Vergleiche im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1957; *Münzel*, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozess in der neueren Entwicklung, ZZZ 66 (1953), 334; *Obermann*, Materielle Rechtskraft im FamFG – Gedanken zum Anwendungsbereich von § 48 FamFG, NZFam 2016, 961; *Osthold*, Antrags- und Amtsverfahren in Kindschaftssachen nach dem FamFG, FamRZ 2016, 1643; *Roth*, Gewissheitsverluste in der Lehre vom Prozesszweck?, ZfPw 2017, 129; *Schäfer*, Abänderbarkeit und Rechtskraft in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1992; *Schleicher*, Rechtliches Gehör und (persönlich-)mündliche Anhörung in familienrechtlichen Angelegenheiten und im Freiheitsentziehungsverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1988; *Schmid*, Das Beschleunigungs- und Vorranggebot, FPR 2011, 5; *Schmidt*, Der Vergleich im FamFG-Verfahren, 2016; *Schneider*, Das Beschlussverfahren und die Rechtskraft in privatrechtlichen streitigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZZ 29 (1901), 96; *Schreiber*, Der Dispositionsgrundsatz im Zivilprozess, JURA 1988, 190; *ders.*, Der Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozess, JURA 1989, 86; *ders.*, Grundbegriffe der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JURA 1994, 30; *Thubauville*, Die Wirkungen von Verzicht, Anerkennung, Geständnis, Nichtbestreiten und Säumnis in Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1993; *Vogel*, Familiengerichtliche Genehmigung der freiheitsentziehenden Unterbringung bei Kindern und Jugendlichen nach § 1631b BGB, FamRZ 2015, 1; *Weber*, Das Verhältnis zwischen der einstweiligen Anordnung im Familienverfahren nach den §§ 49 ff. FamFG und dem deckungsgleichen Hauptsacheverfahren, 2012; *Herbert Zimmermann*, Die freie Gestaltung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rpfleger 1967, 329; *Walter Zimmermann*, Die Beteiligten im neuen FamFG, FPR 2009, 5; *Zuck*, Neues zum rechtlichen Gehör?, NVwZ 2012, 479.

Übersicht

	R.n.		R.n.
I. Verfahrensarten	1–6	c) Ausnahme: Dispositionsmaxime	14, 15
1. Amts- und Antragsverfahren	1, 2	3. Beschaffung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen	16–19
2. Streitige und nichtstreitige Verfahren	3–5	4. Verfahrensdurchführung	20–31
3. Bürgerlich- und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten	6	a) Amtsbetrieb	20
II. Verfahrensvoraussetzungen	7, 8	b) Richterliche Fürsorge	21
1. Bedeutung	7	c) Rechtliches Gehör	22–25
2. Einteilung	8	d) Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz	26, 27
III. Verfahrensgrundsätze	9–31	e) Verfahrensbeschleunigung	28, 29
1. Bedeutung	9	f) Nichtöffentlichkeit	30, 31
2. Herrschaft über Verfahrenseinleitung, -gegenstand und -beendigung	10–15	IV. Verfahrensgegenstand	32–43
a) Ausgangspunkt	10	1. Bestimmung	32–36
b) Grundsatz: Offizialmaxime	11–13	2. Bedeutung	37–43
		a) Allgemeines	37

	Rn.		Rn.
b) Anderweitige Befassteit und Vorgeflichkeit	38	d) Änderung des Gegenstands	40, 41
c) Beteiligte sowie Antrags- und Beschwerdebefugnis	39	e) Mehrheit von Gegenständen	42
		f) Materielle Rechtskraft	43

I. Verfahrensarten

- 1 **1. Amts- und Antragsverfahren.** Im Hinblick auf die Herrschaft über die Verfahrenseinleitung (→ Rn. 10 ff.) wird zwischen Amts- und Antragsverfahren unterschieden.¹ Das Gesetz selbst verwendet den Begriff **Amtsverfahren** nicht.² Mit ihm werden Verfahren bezeichnet, denen eigen ist, dass sie durch das Gericht von Amts wegen, dh unabhängig vom Antrag eines Beteiligten oder einer Behörde, eingeleitet werden können (vgl. §§ 22 Abs. 4, 24 Abs. 1, 87 Abs. 1, 384).³ Entgegen der schon zum FGG überwiegend vertretenen Ansicht⁴ zeichnen sich diese Verfahren dagegen nicht dadurch aus, dass ein verfahrenseinleitender Antrag eines Beteiligten ausgeschlossen ist (→ Rn. 11).⁵ Dem Begriff des **Antragsverfahrens** kommt eine zweifache Bedeutung zu. Der Gesetzgeber verwendet ihn zunächst in § 7 Abs. 1 (und in diesem Sinne auch in § 77 Abs. 1 S. 2, → § 77 Rn. 9), um die Verfahren zu kennzeichnen, die ein Beteiligter durch seinen Antrag eingeleitet hat.⁶ Ausweislich der Gesetzesbegründung ist dafür nicht erforderlich, dass das Verfahren nur auf Antrag eines Beteiligten eingeleitet werden kann.⁷ Vielmehr ist ein verfahrenseinleitender Antrag auch in Amtsverfahren möglich (→ Rn. 11). Daneben dient der Begriff des Antragsverfahrens in § 28 Abs. 2 aber vor allem zur Kennzeichnung derjenigen Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden können (vgl. §§ 48 Abs. 1 S. 2, 51 Abs. 1 S. 1, 52 Abs. 2 S. 1, 54 Abs. 1 S. 2, 56 Abs. 2, 59 Abs. 2, 223, 417 Abs. 1, 434 Abs. 1; §§ 16 Abs. 1 S. 2, 61a S. 1 FamGKG), dh in denen das Gericht zu einer Verfahrenseinleitung von Amts wegen nicht berechtigt ist (→ Rn. 14 f.).⁸ In diesem Sinne wird der Begriff des Antragsverfahrens herkömmlich verstanden⁹ und soll auch vorliegend so verwendet werden. Mit diesem Verständnis bildet er in Bezug auf die rechtliche Herrschaft über das Verfahren (→ Rn. 10 ff.) und nicht bloß in Bezug auf die tatsächliche Form der Verfahrenseinleitung das Gegenstück zum Amtsverfahren. Diese Unterscheidung liegt beispielsweise auch der Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 52 Abs. 1 und Abs. 2 (→ § 52 Rn. 3 ff.)¹⁰ sowie § 384 (s. 2. Aufl., § 384 Rn. 1) zugrunde.¹¹ Sie erlangt zudem dadurch Bedeutung, dass etwaige Gesetzeslücken durch entsprechende Anwendung der die Dispositionsbefugnis konkretisierenden Vorschriften der ZPO (zB §§ 306, 307 ZPO, → Rn. 15) geschlossen werden können, soweit die Herrschaft über das Verfahren den Beteiligten zusteht.¹²
- 2 Abweichend vom vorstehend dargelegten Verständnis wird der Begriff Amtsverfahren teilweise auch verwendet, um für bestimmte (familienrechtliche) Angelegenheiten in Abgrenzung vor allem zu

¹ Vgl. OLG Bamberg BeckRS 2011, 05015; OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2012, 570; BeckRS 2011, 00377; OLG Hamm MDR 2011, 1479; FamRZ 1982, 94; OLG Köln BeckRS 2011, 01000; *Brehm* § 2 Rn. 12; BeckOK FamFG/*Burschel* § 23 Rn. 2 f.; *Büte* FuR 2008, 537 (538); *Osthold* FamRZ 2017, 1643; *Keidel/Sternal* § 23 Rn. 3; *Prütting/Helms/Ahn-Roth* Vor §§ 23, 24 Rn. 1, 3; *Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann* Vor §§ 23–37 Rn. 4 f., 9; *Schmidt* S. 10 ff.

² Weder FamFG noch FamGKG verwenden den Begriff „Amtsverfahren“.

³ *Osthold* FamRZ 2017, 1643; vgl. auch BGH BeckRS 2018, 9489 Rn. 27.

⁴ KGJ 32A, 76 (81); OLG Hamm FamRZ 1982, 94; BayObLG NJW-RR 1995, 387 (388); *Baur* § 17 I; *Fenge* S. 27; *Keidel/Kuntze/Winkler/Meyer-Holz* FGG Vor §§ 8–18 Rn. 6; *Lent* § 11 I; *Zimmermann* Rpfleger 1967, 329 (330).

⁵ Vgl. *Bork/Jacoby/Schwab/Jacoby* § 23 Rn. 2, 7; vgl. auch *Musiak/Borth/Borth* § 23 Rn. 2. – AA BGH BeckRS 2018, 9489 Rn. 27; NJW 2017, 2908 Rn. 36; OLG Saarbrücken BeckRS 2018, 3909 Rn. 32; OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2012, 570; MDR 2012, 1466 (1467); OLG Hamm BeckRS 2012, 05452; *Bassenge/Roth/Gottwald* § 24 Rn. 1, 3; *Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller* § 24 Rn. 1; *Keidel/Sternal* § 24 Rn. 5; *Haußleiter/Gomille* § 24 Rn. 1; *Holzer/Holzer* § 24 Rn. 4; *Osthold* FamRZ 2017, 1643.

⁶ AA OLG Bremen FGPrax 2017, 266 (267); wohl auch *Kroiß/Seiler* § 2 Rn. 19; *Smid*, Zivilgerichtliche Verfahren, § 11 Rn. 3 f.; *Zimmermann* FPR 2009, 5 (6). – Nicht an das Recht zur Verfahrenseinleitung, sondern an die tatsächliche Form der Verfahrenseinleitung knüpft auch § 3 an.

⁷ Amtl. Begr. FamFG (BT-Drs. 16/6308) S. 178. – Unklar die Begründung zum Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts (BT-Drs. 17/11472) S. 47 zu § 77 Abs. 1 S. 2. – Anders dagegen Begründung zum Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften (BT-Drs. 17/10490) S. 20.

⁸ Vgl. *Brehm* § 2 Rn. 12; *Smid*, Zivilgerichtliche Verfahren, § 15 Rn. 22; *Zimmermann* FPR 2009, 5 (6).

⁹ *Bassenge/Roth*, 11. Aufl., FGG Einl. Rn. 4; *Jansen/v. König/v. Schuckmann* FGG Vor §§ 8–18 Rn. 8; *Osthold* FamRZ 2017, 1643; *Keidel/Sternal* § 23 Rn. 7; *Schlegelberger* FGG § 12 Rn. 2.

¹⁰ OLG Bamberg BeckRS 2011, 05015; OLG Brandenburg BeckRS 2011, 16736; FamRZ 2010, 662 (664); OLG Jena FamRZ 2010, 1830.

¹¹ OLG Hamm FGPrax 2010, 143.

¹² *Brehm* § 10 Rn. 1; vgl. auch *Bumiller/Winkler* FGG § 1 Rn. 5.

Familienstreitsachen die **Geltung des Untersuchungsgrundsatzes** (→ § 26 Rn. 2) zu betonen.¹³ Hiermit wird an eine Unterscheidung im familiengerichtlichen Verfahren vor Inkrafttreten des FamFG angeknüpft (vgl. insbes. § 621a ZPO aF). Gegen eine Beibehaltung dieses Begriffsverständnisses spricht, dass das Gesetz selbst insoweit zur Abgrenzung und Kennzeichnung den Begriff Familienstreitsachen verwendet. Auch fördert die uneinheitliche Verwendung des Begriffs (ebenso wie die im Zusammenhang mit der Bestimmung des Verfahrensgegenstands erfolgende Verwendung des Begriffs „Amtsermittlungsverfahren“)¹⁴ die unzutreffende Annahme,¹⁵ es bestehe ein Zusammenhang zwischen der Herrschaft über die Verfahrenseinleitung (den Verfahrensgegenstand) und der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes (auch → Rn. 16 ff.).¹⁶ Dass dies nicht der Fall ist, wird dadurch belegt, dass der Untersuchungsgrundsatz gleichermaßen in Antrags- wie Amtsverfahren und bspw. auch in arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren (§ 83 Abs. 1 S. 1 ArbGG) gilt, obwohl diese nur auf Antrag eingeleitet werden (§ 81 Abs. 1 Hs. 1 ArbGG).

2. Streitige und nichtstreitige Verfahren. Bereits für das FGG wurden Streitige und nichtstreitige Angelegenheiten unterschieden, auch wenn sich diese Begrifflichkeiten dem Gesetz nicht entnehmen ließen.¹⁷ Hintergrund hierfür war, dass dem als Gegenpol zur streitigen Gerichtsbarkeit (vgl. § 12 GVG aF) konzipierten FGG bereits anfänglich Gegenstände unterfielen, für deren gerichtliche Behandlung sich ohne weiteres auch der Zivilprozess der ZPO eignen würde.¹⁸ Trotz des Streits um die Berechtigung einer entsprechenden Unterscheidung¹⁹ und die Grenzziehung im Einzelfall²⁰ ging man überwiegend davon aus, dass sich die nichtstreitigen Angelegenheiten dadurch auszeichnen, dass es sich materiell um eine dem Privatrecht dienende, **fürsorgende Verwaltungstätigkeit** handelt.²¹ Dies betrifft im FamFG zB Kindschaftssachen (vgl. §§ 151 ff. insbes. iVm § 1666 BGB),²² Betreuungssachen (vgl. §§ 271 ff.),²³ Nachlasssachen (vgl. §§ 345 ff.), Registersachen (vgl. §§ 374 ff.) und Aufgebotssachen (vgl. §§ 433 ff.). Im Gegensatz hierzu stehen die (privat- oder öffentlich-rechtlichen) streitigen Angelegenheiten, welche sich dadurch auszeichnen, dass das Gericht als neutrale Institution einen **Streit** über subjektive Rechte **zwischen Beteiligten** mit entgegengesetzten Interessen entscheidet.²⁴ Als solche sind dem Verfahren nach dem FamFG zB die Zustimmungsersetzung nach § 7 Abs. 3 ErbbauRG,²⁵ Haushaltssachen (vgl. §§ 200 ff.), Gewaltschutzsachen (vgl. §§ 210 ff.), die Stundung der Ausgleichsforderung (vgl. § 264 iVm § 1382 BGB) und der Pflichtteilsansprüche (vgl. § 362 iVm § 2331a BGB), Spruchverfahren (§ 17 Abs. 1 SpruchG)²⁶ sowie Freiheitsentziehungs-

¹³ Vgl. BGH FGPrax 2015, 267 Rn. 15; NJW 2010, 3029 (3031); OLG Bamberg FamRZ 2011, 1970; OLG Düsseldorf BeckRS 2017, 102168; 2015, 09161 Rn. 17 (Erbscheinsverfahren als „Amtsverfahren“); OLG Stuttgart FamRZ 2011, 1610 (1611); Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller § 23 Rn. 1 f., § 26 Rn. 1 f.; Holzer/Holzer § 26 Rn. 8. – Vgl. bereits den Hinweis bei Appellhagen S. 1.

¹⁴ Vgl. BGH NJW-RR 2013, 1219 Rn. 26; FamRZ 2014, 1614 Rn. 14; vgl. überdies OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2013, 900 (901).

¹⁵ Vgl. bei OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 12497 Rn. 4; FamRZ 2013, 900 (901); BeckRS 2012, 18680; 29.9.2011 – 20 W 247/09, juris Rn. 51; OLG Hamm FGPrax 2010, 143 (143 f.); OLG Saarbrücken NJW-RR 2012, 588 (589); Bohmert NZFam 2014, 107. – Vgl. auch amtl. Begr. FamFG (BT-Drs. 16/6308) S. 185; Bassenge/Roth/Gottwald § 23 Rn. 1; Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller § 23 Rn. 1 f., § 26 Rn. 1 f.; BeckOK FamFG/Burschel § 23 Rn. 3; Holzer/Holzer § 26 Rn. 2 ff.; Keidel/Sternal § 23 Rn. 3, 5; Kroiß/Seiler § 2 Rn. 48; Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann Vor §§ 23–37 Rn. 4; Weber S. 30. – Wie hier auch Prütting/Helms/Prütting § 26 Rn. 4.

¹⁶ Zustimmend Schmidt S. 11 in Fn. 45.

¹⁷ Vgl. Bassenge/Roth, 11. Aufl., FGG Einl. Rn. 17; Brehm § 2 Rn. 1; Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller § 1 Rn. 8 ff.; Jansen, Wandlungen, S. 12; Keidel/Sternal § 1 Rn. 30; Klüsener Rn. 3 ff., 49; Lamberti S. 13; Schmidt S. 12 ff.; Zimmermann Rpfleger 1967, 329 (330); vgl. auch OLG Düsseldorf BeckRS 2011, 00214 im Zusammenhang mit der hiervon letztlich zu trennenden Frage der Auslegung von § 1795 Abs. 1 Nr. 3 BGB.

¹⁸ Vgl. Habscheid ZZZ 66 (1953), 188 (191 f.); ders., Streitgegenstand, § 7 I 2.

¹⁹ Vgl. Habscheid ZZZ 66 (1953), 188 (190 ff.); ders., Streitgegenstand, § 7 I 1; Lent ZZZ 66 (1953), 267; Schlegelberger FGG § 12 Rn. 7.

²⁰ Vgl. Habscheid ZZZ 66 (1953), 188 (193); ders. JZ 1954, 689; Lent ZZZ 66 (1953), 267 (268 ff.); Münzel ZZZ 66 (1953), 334 (340 ff.); Munding S. 32, 37 ff.; Schäfer, Abänderbarkeit, S. 49 ff.; Thubauville, Wirkungen, S. 17 ff. – Dazu auch Smid, Zivilgerichtliche Verfahren, § 6 Rn. 9 f., 17, § 30 Rn. 1.

²¹ Brehm § 2 Rn. 2 f.; Habscheid JZ 1954, 689; Münzel ZZZ 66 (1953), 334 (340).

²² Vgl. schon Schneider ZZZ 29 (1901), 96 (112).

²³ Vgl. OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2012, 16088.

²⁴ Vgl. BGH NJW 1983, 173 (174); 1994, 580 (581); Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller § 1 Rn. 12; Habscheid ZZZ 66 (1953), 188 (190 ff., 193); ders. JZ 1954, 689; Keidel/Kuntze/Winkler/Schmidt FGG § 12 Rn. 226; Keidel/Sternal § 1 Rn. 33, 41; Lent ZZZ 66 (1953), 267 (268); Münzel ZZZ 66 (1953), 334 (340); Munding S. 39; Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann Vor §§ 23–37 Rn. 5; Haußleiter/Gomille § 1 Rn. 12; Schneider ZZZ 29 (1901), 96 (111 f., 121 f.).

²⁵ Vgl. BayObLGZ 1960, 467 (470); OLG Frankfurt a. M. FGPrax 2012, 89 (90).

²⁶ BGH NZG 2016, 139 Rn. 37; OLG Stuttgart BeckRS 2015, 04541 Rn. 24 f.

sachen (vgl. §§ 415 ff.)²⁷ zugewiesen.²⁸ Bedeutung erlangte diese Unterscheidung dadurch, dass es sich beim FGG um eine lückenhafte Rahmenregelung handelte²⁹ und bestehende Lücken in streitigen Angelegenheiten in Anlehnung an die ZPO bzw. die VwGO (→ Rn. 6) geschlossen werden konnten.³⁰ Für WEG-Verfahren hatte der Gesetzgeber hieraus zwischenzeitlich bereits die Konsequenz gezogen und diese auf Grund ihres streitigen Charakters aus dem FGG in die ZPO überführt.³¹

- 4 Im Vergleich zum FGG weist das FamFG eine deutlich höhere Regeldichte auf.³² Die Anzahl schließungsbedürftiger Lücken ist geringer.³³ Wichtige Einzelfragen, wie zB die übereinstimmende Erledigungserklärung (§§ 22 Abs. 3, 83 Abs. 2),³⁴ die richterliche Hinweispflicht (vgl. § 28),³⁵ der Vergleich (vgl. § 36) und die Wiederaufnahme (vgl. § 48 Abs. 2),³⁶ wurden ausdrücklich geregelt.³⁷ Allerdings wird sich das FamFG bei aller Voraussicht des Gesetzgebers auch in Zukunft als lückenhaft erweisen, weshalb der Unterscheidung zwischen Streit- und Fürsorgeverfahren auch zukünftig Bedeutung zukommen wird,³⁸ nach hM zB für die Fähigkeit einer Entscheidung zur materiellen Rechtskraft³⁹ oder die Abänderungsbefugnisse des Gerichts.⁴⁰ Immerhin hat der Gesetzgeber anerkannt, dass streitige und nicht streitige Angelegenheiten unterschiedliche Anforderungen an ein Verfahrensrecht stellen.⁴¹ Überdies hat der Gesetzgeber den Begriff der **Streitsachen** ausdrücklich aufgegriffen. Er findet sich in § 112 wieder, der die Familienstreitsachen definiert.⁴² Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sich die Beteiligten vergleichbar den Parteien eines Zivilprozesses gegenüberstehen. Dementsprechend finden die Regelungen in §§ 23 ff. mit wenigen Ausnahmen auf Familienstreitsachen keine Anwendung. Vielmehr gilt über § 113 Abs. 1 S. 2 das Verfahrensrecht der ZPO. Diese Zusammenhänge legen es nahe, über § 113 hinaus in **bürgerlich-rechtlichen Streitsachen** (→ Rn. 3) bestehende Lücken durch Anwendung der ZPO und der zu ihr entwickelten Grundsätze zu schließen, wenn und soweit das Verfahren im Hinblick auf die vorgefundene Interessenlage derjenigen des Zivilprozesses ähnlich ist (→ Rn. 5).⁴³ Dies umfasst bspw. für die Antragstellung das System der Antragsarten (Leistungs-, Feststellungs-⁴⁴ und Gestaltungsantrag).⁴⁵ Auch besteht weiter-

²⁷ Wie hier auch Haußleiter/*Gomille* § 1 Rn. 15. – AA Bumiller/Harders/Schwamb/*Bumiller* § 1 Rn. 14; Keidel/*Sternal* § 1 Rn. 43 unter Hinweis darauf, dass das Gericht nicht über die Rechtmäßigkeit eines vorausgegangenen Verwaltungsakts entscheidet; hiervon ist das Vorliegen eines Streitverfahrens indes auch nach dem eigenen Ausgangspunkt zB von Keidel/*Sternal* § 1 Rn. 41 gar nicht abhängig (vorausgehender Verwaltungsakt nur Regelfall). – AA auch *Smid*, Zivilgerichtliche Verfahren, § 2 Rn. 62 f. unter Hinweis darauf, dass der Richter zur Gefahrenabwehr tätig werde.

²⁸ Vgl. die Aufstellungen bei Bahrenfuss/*Rüntz* § 26 Rn. 29, 32; Keidel/*Sternal* Rn. 34 f., 42.

²⁹ *Brehm* FPR 2006, 401; *Habscheid* § 7 III 1; *Klüsener* Rn. 2; *Lamberti* S. 12 f.; *Schmidt* S. 96 ff.; *Schneider* ZZP 29 (1901), 96 (96 ff.).

³⁰ BGHZ 6, 248 (257); BGH NJW 1954, 1407; *Brehm* § 2 Rn. 1; Bumiller/Harders/Schwamb/*Bumiller* § 1 Rn. 12; *Habscheid* JZ 1954, 689 (691); *ders.* – Streitgegenstand, § 16 I; *ders.* § 7 III 1; Keidel/Kuntze/Winkler/*Meyer-Holz* FGG Vor §§ 8–18 Rn. 3; *Klüsener* Rn. 5 f.; *Munding* S. 32; Schulte-Bunert Weinreich/*Brinkmann* Vor §§ 23–37 Rn. 5; zurückhaltend Zimmermann Rpfleger 1967, 329 (334); offensiv dafür MüKoAktG/*Kubis* SpruchG § 17 Rn. 1.

³¹ Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.3.2007, BGBl. I S. 370; vgl. *Brehm* FPR 2006, 401; *Jacoby* FamRZ 2007, 1703 (1703 f.). – Offenbar übersehen von *Smid*, Zivilgerichtliche Verfahren, § 4 Rn. 65, § 16 Rn. 40.

³² Vgl. Bumiller/Harders/Schwamb/*Bumiller* § 1 Rn. 13; *Kroiß/Seiler* § 1 Rn. 8, § 2 Rn. 1.

³³ Zustimmung *Schmidt* S. 99.

³⁴ Vgl. KG BeckRS 2012, 11640.

³⁵ Vgl. OLG Frankfurt a. M. OLGZ 1980, 76 (77).

³⁶ Vgl. BGH NJW 1994, 2751 (2751 f.).

³⁷ Bumiller/Harders/Schwamb/*Bumiller* § 1 Rn. 13; Keidel/*Sternal* § 1 Rn. 31.

³⁸ Ebenso Keidel/*Sternal* § 1 Rn. 31. – Abw. (kein Bedürfnis) Bumiller/Harders/Schwamb/*Bumiller* § 1 Rn. 13.

³⁹ *Brehm* § 17 Rn. 5 ff.; Keidel/*Sternal* § 1 Rn. 40, 45; → § 48 Rn. 32 ff.

⁴⁰ *Brehm* § 16 Rn. 1 ff.; → § 48 Rn. 28 ff.

⁴¹ Vgl. Amtl. Begr. FamFG (BT-Drs. 16/6308) S. 163: „Es ist ... eine Verfahrensordnung zu schaffen, die in nichtstreitig verlaufenden Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine einfache und rasche Erledigung erlaubt, für streitig verlaufende Angelegenheiten aber die Beachtung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien sicherstellt.“

⁴² Vgl. *Lamberti* S. 15 f. – Kritisch zur hiesigen Kommentierung *Schmidt* S. 16 in Fn. 88, 91, dessen Bedenken allerdings auf der nicht zutreffenden Annahme beruhen, dass obige Ausführungen zum Ausdruck brächten, dass Familiensachen, die keine Familienstreitsachen iSv § 112 sind, keine Streitsachen sein könnten. – Vgl. auch Haußleiter/*Gomille* § 1 Rn. 13.

⁴³ Unter ausführlicher und in der Sache zutreffender Kritik an der Verhaftung an Begrifflichkeiten iE ebenso *Schmidt* S. 96 ff., 112 f. – Vgl. betreffend die analoge Anwendung von § 280 ZPO auch OLG Stuttgart BeckRS 2015, 04541 Rn. 23 ff.

⁴⁴ *Brehm* § 2 Rn. 8; Jansen/*v. König/v. Schuckmann* FGG Vor §§ 8–18 Rn. 17; Bahrenfuss/*Rüntz* § 23 Rn. 29 f.; vgl. auch BGH BeckRS 2017, 111044; NJW-RR 2016, 325 Rn. 18 f.; NJW 1982, 387 (388).

⁴⁵ *Bassenge/Roth*, 11. Aufl., FGG Einl. Rn. 6; Bork/*Jacoby/Schwab/Jacoby* § 23 Rn. 9.

hin die Möglichkeit, Streitsachen durch **Vereinbarung einem Schiedsgericht** zu überantworten, wenn und soweit die Beteiligten einen Vergleich schließen können (vgl. § 1030 Abs. 1 ZPO, → Rn. 8 aE),⁴⁶ oder einem Dritten den Streit zu verkünden.⁴⁷ Überdies ist in Streitverfahren im Rahmen der Ermessensausübung nach § 81 Abs. 1 S. 1 die Wertung von § 91 ZPO zu berücksichtigen.⁴⁸ Schließlich liegt in Streitsachen der Versuch einer Mediation (vgl. § 23 Abs. 1 S. 3) näher als in nichtstreitigen Verfahren (→ § 23 Rn. 37).

Ein Rückgriff auf die ZPO darf allerdings nicht vorschnell, sondern nur im Falle einer **planwidrigen Lücke** erfolgen. Dass das FamFG eine aus einer Verfahrensordnung der streitigen Gerichtsbarkeit vertraute Regelung nicht enthält, begründet allein noch keine planwidrige Lücke. Überdies ist stets vorrangig zum Rückgriff auf eine andere Verfahrensordnung, eine Lösung innerhalb des FamFG zu finden. Schließlich kommt eine Lückenschließung in Anlehnung an die ZPO nur in Betracht, soweit sich dort zum FamFG-Verfahren passende Regelungen finden (auch → Rn. 6).

3. Bürgerlich- und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten. Dem Anwendungsbereich des FamFG unterfallen nicht ausschließlich bürgerlich-rechtliche Angelegenheiten, sondern vereinzelt auch öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, zB nach § 107 Abs. 1–9, § 28 Abs. 4 BWPoLG, §§ 21 Abs. 1 S. 2, 3, 28 Abs. 4 S. 5 POG-RP⁴⁹ oder nach dem LwVG.⁵⁰ Insoweit besteht eine Parallele zu dem mit dem Verfahren nach §§ 23 ff. vergleichbaren arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, dem ebenfalls vereinzelt öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zugewiesen sind.⁵¹ Bei der jeweiligen Zuweisungsnorm handelt es sich um eine abdrängende Sonderzuweisung iSv **§ 40 Abs. 1 S. 1 aE, S. 2 VwGO**.⁵² Von Bedeutung ist die Natur des Verfahrensgegenstands insoweit, als sich in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anstatt der ZPO die VwGO zur Schließung etwaiger Lücken (→ Rn. 4) im FamFG anbietet.⁵³ Ein Rückgriff auf die VwGO steht allerdings unter den gleichen Vorbehalten wie ein solcher auf die ZPO (→ Rn. 5).⁵⁴ Dies erlangt Bedeutung im Zusammenhang mit den zu präventiven Richtervorbehalten erfolgten Verweisungen der **Landespolizeigesetze** auf das FamFG, hinsichtlich der das FamFG überwiegend keine Anschlussnormen enthält.⁵⁵ Die Regelungen des 7. Buchs (§§ 415–432) erweisen sich ganz **überwiegend** als unpassend, weil § 420 als ihr Kern mit der Eigenart präventiver Richtervorbehalte regelmäßig unvereinbar ist.⁵⁶ Ausscheiden muss im Grundsatz aber auch ein Rückgriff auf die VwGO.⁵⁷ Für einen solchen scheint zwar zu sprechen, dass der (Landes-)Gesetzgeber vereinzelt anstatt auf das FamFG auch auf die VwGO verweist (zB § 29 Abs. 7 POG-RP). Dies beruht bei genauerer Betrachtung allerdings allein auf der gesetzgeberischen Wahl des zuständigen Gerichts (ordentliches Gericht = Verweis auf FamFG; Verwaltungsgesicht = Verweis auf VwGO), obwohl sinnvoller Weise die Natur des Verfahrensgegenstands die Wahl des Verfahrensrechts bestimmen sollte.⁵⁸ Abgesehen hiervon finden sich aber auch in der VwGO keine passenden Regelungen. Daher ist auf den allgemeinen Teil des FamFG zurückzugreifen, welcher unter Berücksichtigung der Eigenarten der Verfahren betreffend präventiver Richtervorbehalte (vgl. zB § 28 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BWPoLG) anzuwenden ist.⁵⁹

⁴⁶ Vgl. BGHZ 6, 248 (253 ff.); *Habscheid* ZJP 66 (1953), 188 (194 ff.); *ders.*, Streitgegenstand, § 16 I; *Schlegelberger* FGG § 12 Rn. 5a; *Zimmermann* Rpfleger 1967, 329 (335). – Generelle Aussage vermeidend BGH BeckRS 2017, 111170 Rn. 14.

⁴⁷ OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2017, 189 Rn. 9; *Zöller/Geimer* § 7 Rn. 21.

⁴⁸ Vgl. OLG Saarbrücken FGPrax 2010, 270; OLG Hamm FGPrax 2010, 213 (214); *Feskorn* FPR 2012, 254 (254 f.); *Keidel/Zimmermann* § 81 Rn. 46.

⁴⁹ Vgl. BGH BeckRS 2012, 03448. – Vgl. auch BGH NJW 2011, 690.

⁵⁰ Vgl. *Brehm* § 2 Rn. 11; *Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller* § 1 Rn. 14; *Jansen*, Wandlungen, S. 12; *Lamberti* S. 13; *Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann* Vor §§ 23–37 Rn. 5.

⁵¹ BAG AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 7 unter II. 4 der Gründe; BVerwG DÖV 1977, 571.

⁵² Vgl. BGH NJW 2011, 690; BeckRS 2012, 03448.

⁵³ Vgl. *Bassenge/Roth*, 11. Aufl., FGG Einl. Rn. 19; *Brehm* § 2 Rn. 11; *Keidel/Kuntze/Winkler/Meyer-Holz* FGG Vor §§ 8–18 Rn. 5a; *Haubleiter/Gomille* § 1 Rn. 15.

⁵⁴ Vgl. auch *Zimmermann* Rpfleger 1967, 329 (335).

⁵⁵ *Brodowski* in *Effer-Uhe/Hoven/Kempny/Rösinger*, S. 69 (73). – Vgl. auch den begrenzten Verweis in § 19 Abs. 4 Nds. SOG.

⁵⁶ *Brodowski* in *Effer-Uhe/Hoven/Kempny/Rösinger*, S. 69 (73 f.); vgl. auch BGH BeckRS 2012, 03448 Rn. 11 zur „verdeckten“ Datenerhebung. – AA BeckOK FamFG/Bohnert, Ed. 10 1.7.2013, § 415 Rn. 119 ff.

⁵⁷ Vgl. *Brodowski* in *Effer-Uhe/Hoven/Kempny/Rösinger*, S. 69 (75 f.).

⁵⁸ Vgl. BGH NJW 2015, 251 Rn. 6 unter Verweis auf BGH BeckRS 2009, 13343 Rn. 28 im Zusammenhang mit der fehlerhaften, aber bindenden Rechtswegverweisung; ebenso OLG Jena BeckRS 2009, 86297. – Vgl. zudem *Smid*, Zivilgerichtliche Verfahren, § 1 Rn. 34 ff.

⁵⁹ Ausführlich *Brodowski* in *Effer-Uhe/Hoven/Kempny/Rösinger*, S. 69 (74 f.). – Vgl. auch LG Stuttgart BeckRS 2017, 106894 Rn. 9.

II. Verfahrensvoraussetzungen

7 **1. Bedeutung.** Bevor sich das befassende Gericht einer Angelegenheit sachlich annimmt, dh über diese entscheidet, müssen bestimmte Voraussetzungen (Verfahrensvoraussetzungen) vorliegen. Dies gilt in **Antrags- und Amtsverfahren** gleichermaßen,⁶⁰ auch wenn den Verfahrensvoraussetzungen in Antragsverfahren größere Bedeutung zukommt. Hinsichtlich der Verfahrensvoraussetzungen besteht ein **Prüfungsvorrang** gegenüber der Sachentscheidung, welcher vom Gesetzgeber (konkulent) begründet wird, teilweise aber bereits aus für den Gesetzgeber nicht disponiblen Vorgaben des Grundgesetzes (vgl. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) folgt. Der Prüfungsvorrang verfolgt keinen Selbstzweck, weshalb er im Einzelfall durchbrochen werden kann.⁶¹ Ob die Verfahrensvoraussetzungen vorliegen, muss das Gericht grds. auch noch in den Rechtsmittelinstanzen von Amts wegen prüfen.⁶² Fehlt eine Verfahrensvoraussetzung, ist ein Verfahrensantrag als unzulässig abzulehnen, ein Amtsverfahren ist einzustellen.⁶³

8 **2. Einteilung.** Die Verfahrensvoraussetzungen lassen sich danach einteilen, ob sie das Gericht, die Beteiligten oder den Gegenstand des Verfahrens betreffen. Zu den **das Gericht betreffenden Voraussetzungen** zählen die Zuweisung zum FamFG-Verfahren (→ Vor § 2 Rn. 8 ff.), die internationale Zuständigkeit (§§ 98 ff. und → Vor § 2 Rn. 11 f.), die örtliche Zuständigkeit (§§ 2 ff. und → Vor § 2 Rn. 16 ff.)⁶⁴ und die funktionelle Zuständigkeit (→ Vor § 2 Rn. 21 ff.).⁶⁵ Die **Beteiligten betreffende** Voraussetzungen sind die Existenz eines Beteiligten, seine Beteiligtenstellung (§ 7), Beteiligten- (§ 8) und Verfahrensfähigkeit (§ 9) sowie seine Unterwerfung unter die deutsche Gerichtsbarkeit (§§ 18 ff. GVG). Den **Verfahrensgegenstand betreffen** in Antragsverfahren die ordnungsgemäße Antragsstellung (→ § 23 Rn. 28 ff.),⁶⁶ die Statthaftigkeit des Antrags,⁶⁷ die Antragsbefugnis (→ § 23 Rn. 16 ff.)⁶⁸ und das Rechtsschutzbedürfnis (ggf. Feststellungsinteresse)⁶⁹ sowie ausnahmsweise die Wahrung einer Warte- (§ 52 Abs. 1 S. 2)⁷⁰ oder einer Antragsfrist (zB § 22 Abs. 1 GrdStVG, § 26 Abs. 1 EGGVG; § 4 Abs. 1 SpruchG;⁷¹ nicht dagegen § 52 Abs. 2 und auch nicht materiell-rechtliche Ausschlussfristen).⁷² Generell sind insoweit zudem das Fehlen anderweitiger Befähigung (vgl. § 17 Abs. 1 S. 2 GVG)⁷³ und das Fehlen entgegenstehender materieller Rechtskraft zu nennen (auch → Rn. 38, 43).⁷⁴ Im Einzelfall kann die Schiedseinrede ein Verfahrenshindernis begründen (→ Rn. 4).⁷⁵

⁶⁰ Vgl. *Bassenge/Roth*, 11. Aufl., FGG Einl. Rn. 98; *Jansen/v. König/v. Schuckmann* FGG Vor §§ 8–18 Rn. 6; *Keidel/Sternal* § 26 Rn. 51.

⁶¹ Vgl. RGZ 158, 145 (152); BGH NJW 1978, 2031 (2032); BAG NJW 2003, 1755 (1756).

⁶² *Bassenge/Roth*, 11. Aufl., FGG Einl. Rn. 98.

⁶³ *Keidel/Sternal* § 26 Rn. 51.

⁶⁴ Vgl. OLG München FamRZ 2011, 399 (399 f.).

⁶⁵ Vgl. *Bassenge/Roth*, 11. Aufl., FGG Einl. Rn. 99.

⁶⁶ Vgl. BGH FGPrax 2011, 41 (42); 2010, 210 (211); OLG Dresden FamRZ 2011, 649 (650); *Bassenge/Roth*, 11. Aufl., FGG Einl. Rn. 99; *Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller* § 23 Rn. 6; *Keidel/Sternal* § 23 Rn. 11 f.

⁶⁷ Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 1347; *Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller* § 23 Rn. 11; *Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann* Vor §§ 23–37 Rn. 18.

⁶⁸ Vgl. BGH FGPrax 2012, 274 Rn. 10; OLG München FGPrax 2011, 47 (47 f.); *Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller* § 23 Rn. 9; *Jansen/v. König/v. Schuckmann* FGG Vor §§ 8–18 Rn. 14; *Keidel/Sternal* § 23 Rn. 23 ff.

⁶⁹ Vgl. KG FGPrax 2012, 76 (76 f.); NJWE-FER 2000, 15; VIZ 1999, 755 (757); OLG Jena BeckRS 2017, 102452 Rn. 27; OLG Köln GRUR-RR 2013, 324 (325); BeckRS 2011, 19423; OLG Rostock BeckRS 2016, 118749 Rn. 7; BeckOK FamFG/*Burschel* § 23 Rn. 14 f.; *Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller* § 23 Rn. 10 ff.; *Habscheid*, Streitgegenstand, § 16 II 2 a; *Holzer/Holzer* Rn. 8; *Keidel/Sternal* § 23 Rn. 33 ff., 37; *Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann* Vor §§ 23–37 Rn. 22; *Jansen/v. König/v. Schuckmann* FGG Vor §§ 8–18 Rn. 16 f.

⁷⁰ AA *Musielak/Borth/Borth* § 23 Rn. 8, der von einer Antragsfrist ausgeht.

⁷¹ Insoweit für nur materiell-rechtliche Ausschlussfrist *Keidel/Sternal* § 23 Rn. 21. – Für Antragsfrist (Abweisung als unzulässig) und zugleich auch materiell-rechtliche Ausschlussfrist dagegen zu Recht *MüKoAktG/Kubis* SpruchG § 4 Rn. 6.

⁷² Vgl. *Keidel/Sternal* § 23 Rn. 20 f.; *Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann* § 23 Rn. 50 ff.; *Prütting/Helms/Ahn-Roth* § 23 Rn. 17a.

⁷³ Vgl. OLG Schleswig FamRZ 2012, 895; *Habscheid*, Streitgegenstand, § 16 II 2 a und § 21 II 3; *Jansen/v. König* FGG § 31 Rn. 14; *Schneider* ZJP 29 (1901), 96 (116, 132); *Keidel/Sternal* § 26 Rn. 50; *Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann* Vor §§ 23–37 Rn. 23.

⁷⁴ BayObLG FamRZ 1998, 1055 (1055 f.); *Bassenge/Roth*, 11. Aufl., FGG § 31 Rn. 6; *Jansen/v. König* FGG § 31 Rn. 13; *Keidel/Sternal* § 26 Rn. 50; *Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann* Vor §§ 23–37 Rn. 24; *Obermann* NZFam 2016, 961.

⁷⁵ Vgl. BGHZ 6, 248 (253 ff.); *Habscheid* ZJP 66 (1953), 188 (194 ff.); *Zimmermann* Rpfleger 1967, 329 (335). – Generelle Aussage vermeidend BGH BeckRS 2017, 111170 Rn. 14.