

I. Besondere Verfahrensarten

§ 33 Das Mahnverfahren

Literatur: *Conrad*, Das zivilprozessuale Mahnverfahren, JuS 2009, 1; *Ebert*, Verjährungshemmung durch Mahnverfahren, NJW 2003, 732; *Hein*, Der Mahn- und Vollstreckungsbescheidsantrag, JuS 2018, 1269; *Meller-Hannich*, Rechtshängigkeit im Mahnverfahren, wenn nach Widerspruch nicht „alsbald“ in das streitige Verfahren abgegeben wird, JR 2010, 139; *Petzold*, Die Erfüllung im Mahnverfahren, NJW 2019, 822; *Salten/Gräve*, Gerichtliches Mahnverfahren und Zwangsvollstreckung, 2003.

I. Überblick

- 1 Das gerichtliche Mahnverfahren ist in den §§ 688 ff. geregelt. Es dient dazu, ohne Gerichtsverfahren zu einem Vollstreckungstitel zu gelangen. Die Durchführung eines Mahnverfahrens bietet sich immer dann an, wenn die Forderung voraussichtlich unstreitig ist, der Schuldner also nur zahlungsunwillig oder zahlungsunfähig ist.¹ Im Jahr 2021 wurden 4,1 Millionen Mahnbescheide beantragt.² Das Verfahren wird in erheblichem Umfang automatisiert durchgeführt („maschinelle Bearbeitung“ § 689 Abs. 1 S. 2). Inzwischen haben die meisten Bundesländer zentrale Mahngerichte zur maschinellen Bearbeitung und einige bereits ein Online-Mahnverfahren (www.mahngerichte.de) eingerichtet, so z. B. in Hessen das AG Hünfeld.
- 2 Die Parteien des Mahnverfahrens werden **Antragsteller** und **Antragsgegner** genannt.
- 3 Auf Antrag des Gläubigers einer Geldforderung erlässt das AG an dessen Wohnsitz einen **Mahnbescheid**, ohne dabei die Berechtigung des Antragstellers zu prüfen. Der Antragsgegner kann gegen den Mahnbescheid **Widerspruch** einlegen. In diesem Fall geht das Verfahren in das normale streitige Gerichtsverfahren über. Legt der Antragsgegner keinen Widerspruch ein, erlässt das AG auf Antrag auf der Grundlage des Mahnbescheids einen **Vollstreckungsbescheid**. Gegen diesen Vollstreckungsbescheid kann der Antragsgegner **Einspruch** einlegen. Auch dann geht das Verfahren in das gerichtliche Verfahren über. Es sind also zwei Sicherungen zugunsten des Antragsgegners eingebaut, um eine gerichtliche Entscheidung zu erzwingen. Legt der Antragsgegner keinen Einspruch ein, wird der Vollstreckungsbescheid rechtskräftig und bildet die Grundlage der **Zwangsvollstreckung**. Es ist dann zu keinem Zeitpunkt eine Kontrolle hinsichtlich der Berechtigung des Antragstellers und der Schlüssigkeit seines Antrags erfolgt.
- 4 Für das Mahnverfahren besteht kein Anwaltszwang (§ 78).
 - ▶ **Hinweis:** Gem. § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB hemmt die Zustellung des Mahnantrags die Verjährung. ◀

1 Zur Auswahl *Nistler*, Aus der Praxis: Mahnverfahren oder ordentliches Klageverfahren, JuS 2011, 990.

2 https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210217004.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am: 14.06.2023) S. 13: im Jahr 2021 deutschlandweit 4.137.535 Mahnverfahren.

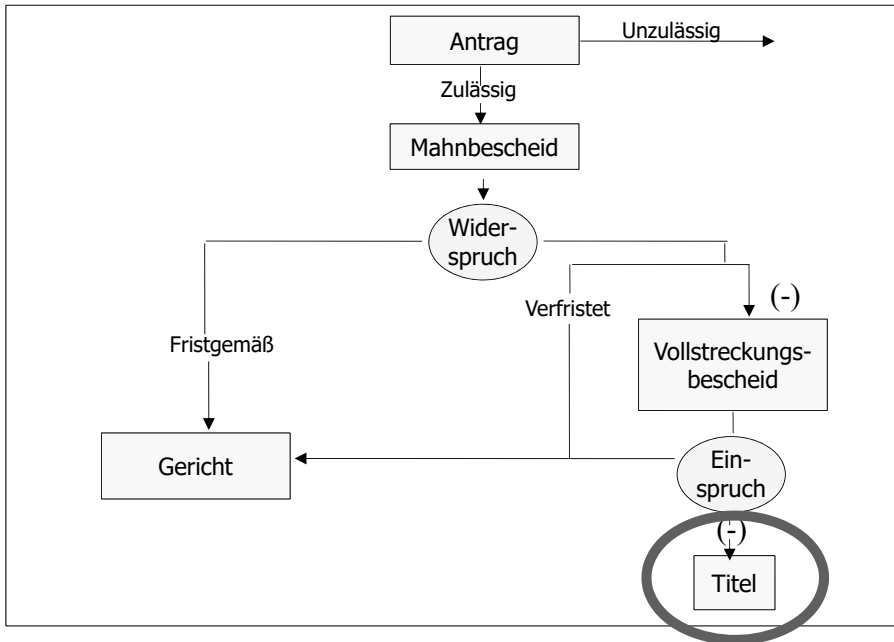


Abb. 50 Mahnverfahren

Mahnverfahren werden auf europäischer Ebene als Beitrag zu einer reibungslosen justiziellen Zusammenarbeit und zu einem besseren Zugang zum Recht angesehen. Seit 2008 gilt die Verordnung über ein Europäisches Mahnverfahren,³ das in groben Zügen dem deutschen Mahnverfahren entspricht. Vorschriften zur „Umsetzung“ (eine Verordnung gilt unmittelbar) wurden in den §§ 1087 ff. in das 11. Buch der ZPO aufgenommen (s.o. § 2 Rn. 36). Ausschließlich zuständiges zentrales Mahngericht ist das AG Berlin-Wedding (§ 1087). Beabsichtigt ist, schnell auf eine rein maschinelle Bearbeitung der Anträge umzustellen (§ 1088 Abs. 2).

Parallel kann aber auch der deutsche Mahnbescheid im Ausland zugestellt werden⁴ und der Vollstreckungsbescheid als Europäischer Vollstreckungstitel genutzt werden (s.u. Rn. 22).

II. Zulässigkeit des Mahnverfahrens

Es müssen die normalen Prozess- und Sachentscheidungs voraussetzungen gegeben sein.

Der Mahnantrag darf nur wegen eines Anspruchs auf **Zahlung einer bestimmten Geldsumme** in Euro gestellt werden (§ 688 Abs. 1). Die Höhe des Streitwertes ist unerheblich.

³ Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. EU Nr. L 399 vom 30.12.2006 S. 1–32. *Vollkommer/Huber*, Neues Europäisches Zivilverfahrensrecht in Deutschland – Das Gesetz zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und Zustellung, NJW 2009, 1105; *Sujecki*, Das Europäische Mahnverfahren, NJW 2007, 1622; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 11.

⁴ § 688 Abs. 3 i.V.m. § 32 AVAG; *Hök*, Das grenzüberschreitende Mahnverfahren, JurBüro 1991, 1145, 1303, 1441 u. 1605.

- 9 Das Mahnverfahren findet in den in § 688 Abs. 2 genannten Fällen **nicht** statt:
- für Ansprüche des Kreditgebers aus einem Verbraucherdarlehensvertrag (§§ 491 ff. BGB), wenn der effektive Jahreszins den bei Vertragsschluss geltenden Basiszinssatz (§ 247 BGB)⁵ um mehr als 12 Prozentpunkte übersteigt (§ 688 Abs. 2 Nr. 1).
Dadurch will man verhindern, dass sittenwidrige Verbraucherdarlehen auf dem Wege des Mahnverfahrens durchgesetzt werden, ohne dass eine gerichtliche Kontrolle erfolgt. Abgesichert wird die Vorschrift durch § 690 Abs. 1 Nr. 3: danach sind Haupt- und Nebenforderungen gesondert auszuweisen; bei Ansprüchen aus Verbraucherkreditverträgen sind auch der Tag des Vertragsschlusses und der effektive Jahreszins anzugeben.
 - wenn die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erbrachten Gegenleistung abhängt (§ 688 Abs. 2 Nr. 2).
Besteht eine Zug-um-Zug Verpflichtung ist das Mahnverfahren nur zulässig, wenn der Antragsteller seine Gegenleistung bereits erbracht hat. Dieses ist im Antrag anzugeben (§ 690 Abs. 1 Nr. 4).
▶ **Vertiefung:** Wer im Mahnverfahren bewusst falsche Angaben macht, um so den sog. „großen“ Schadenersatz geltend machen zu können, kann sich auf die Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheids nicht berufen. Die § 688 Abs. 2 Nr. 2 widerstreitende Geltendmachung des „großen“ Schadenersatzes, der nur Zug-um-Zug gegen Herausgabe eines erlangten Vorteils zu gewähren ist, stellt, wenn der Antragsteller entgegen § 690 Abs. 1 Nr. 4 bewusst falsche Angaben macht, grds. einen Missbrauch des Mahnverfahrens dar, der es dem Antragsteller nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheids zu berufen. Zudem ist es ihm nach einer aktuellen Entscheidung des BGH unter diesen Umständen im Regelfall auch versagt, sich wenigstens auf eine Hemmung der Verjährung in Höhe des „kleinen“ Schadenersatzes zu berufen.⁶ ◀
- 10 Funktionell **zuständig** ist der Rechtspfleger (§ 20 Nr. 1 RPfLG). § 36 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 RPfLG ermächtigt die Länder, das Verfahren auf Urkundsbeamte der Geschäftsstelle zu übertragen. Sachlich zuständig ist ausschließlich das AG (§ 689 Abs. 1 S. 1). Örtlich zuständig ist das AG des allgemeinen Gerichtsstands (§§ 12, 13, 17, 18, nicht 21) des **Antragstellers** (§ 689 Abs. 2 S. 1), also nicht wie gewöhnlich das AG am allgemeinen Beklagtengerichtsstand! Allerdings haben die meisten Bundesländer von der in § 689 Abs. 3 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, ein **zentrales Mahngericht** einzurichten.⁷
- 11 **Anträge** können auch gemäß §§ 702 Abs. 1, 129 a zu Protokoll der Geschäftsstelle eines jeden AG (auch sog. Rechtsantragsstellen) erklärt werden.
- 12 Für den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids sind spezielle Vordrucke zu verwenden (§ 703 c), die am Kiosk, im Zeitschriftenhandel und im Internet erhältlich sind. Diese

5 Der Basiszinssatz betrug am 1.1.2023 1,62 % . Er verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres. Gemäß § 247 Abs. 2 BGB ist die Deutsche Bundesbank verpflichtet, den aktuellen Stand des Basiszinssatzes im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Abrufbar unter <https://www.bundesbank.de/de/bundesbank/organisation/agb-und-regelungen/basiszinssatz-607820> (abgerufen am: 14.06.2023).

6 BGH, Urteil vom 23.6.2015, Az.: XI ZR 536/14 = BKR 2015, 392.

7 Zuständigkeiten unter; <https://www.mahngerichte.de/de/mahngerichte.html> (abgerufen am: 14.06.2023).

Formulare müssen benutzt werden, ansonsten ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen (§ 703 c Abs. 2).

Raum für Vermerke des Gerichts

Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids

– Nur für Gerichte, die die Mahnverfahren maschinell bearbeiten. –

Bitte beachten Sie die Ausfüllhinweise!

Zellen- Nummer			
1	Datum des Antrags		
2	Antragsteller		Bei mehreren Antragstellern: Es wird versichert, dass der in Spalte 1 Bezeichnete bevollmächtigt ist, die weiteren zu vertreten.
3	Spalte 1 1 = Herr 2 = Frau	Spalte 2 Weiterer Antragsteller 1 = Herr 2 = Frau	
4	Vorname	Vorname	
5	Nachname	Nachname	
6	Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! –		
7	Postleitzahl Ort	Postleitzahl Ort	Ausl. Kz.
8	Spalte 3 Nur Firma, Juristische Person u. dgl. als Antragsteller		Rechtsform, z. B. GmbH, AG, OHG, KG
9	3 = nur Einzelfirma 4 = nur GmbH u. Co KG sonst Rechtsform:		
10	Vollständige Bezeichnung		
11	Fortsetzung von Zeile 9		
12	Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! –		Postleitzahl Ort Ausl. Kz.
13	Gesetzlicher Vertreter Nr. der Spalte, in der der Vertretene bezeichnet ist		Gesetzlicher Vertreter (auch weiterer) Nr. der Spalte, in der der Vertretene bezeichnet ist
14	Stellung (z. B. Geschäftsführer, Vater, Mutter, Vormund)		Stellung
15	Vor- und Nachname		Vor- und Nachname
16	Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! –		Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! –
17	Postleitzahl Ort Ausl. Kz.		Postleitzahl Ort Ausl. Kz.
18	Antragsgegner		Antragsgegner sind Gesamtschuldner
19	Spalte 1 1 = Herr 2 = Frau	Spalte 2 Weiterer Antragsgegner 1 = Herr 2 = Frau	
20	Vorname	Vorname	
21	Nachname	Nachname	
22	Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! –		
23	Postleitzahl Ort	Postleitzahl Ort	Ausl. Kz.
24	Spalte 3 Nur Firma, Juristische Person u. dgl. als Antragsgegner		Rechtsform, z. B. GmbH, AG, OHG, KG
25	3 = nur Einzelfirma 4 = nur GmbH u. Co KG sonst Rechtsform:		
26	Vollständige Bezeichnung		
27	Fortsetzung von Zeile 24		
28	Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! –		Postleitzahl Ort Ausl. Kz.
29	Gesetzlicher Vertreter Nr. der Spalte, in der der Vertretene bezeichnet ist		Gesetzlicher Vertreter (auch weiterer) Nr. der Spalte, in der der Vertretene bezeichnet ist
30	Stellung (z. B. Geschäftsführer, Vater, Mutter, Vormund)		Stellung
31	Vor- und Nachname		Vor- und Nachname
32	Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! –		Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! –
33	Postleitzahl Ort Ausl. Kz.		Postleitzahl Ort Ausl. Kz.

Verlags-Nr. 705 BY **Antrag auf Mahnbescheid** Fassung 1. 1. 02 (10.2004) 13

Abb. 51 Antrag auf Mahnbescheid

Der Inhalt des Antrags ergibt sich aus § 690.

Die Hemmung der Verjährung erfolgt gem. § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB durch Zustellung des Mahnbescheids. Sie erfolgt aber bereits mit dem Eingang des Antrags auf Erlass

des Mahnbescheids bei Gericht, wenn innerhalb eines Monats seit der Zustellung der Zurückweisung des Antrags Klage eingereicht, und diese demnächst zugestellt wird (§ 691 Abs. 2). Zu der Hemmung kommt es aber nur, wenn die Forderung ausreichend individualisiert wird (§ 690 Abs. 1 Nr. 3), da der Mahnbescheid Grundlage der späteren Vollstreckung wird.⁸ Wird ein Antrag bei einem unzuständigen Gericht eingereicht, so kann ihn dieses Gericht an das zuständige AG weiterleiten. Fristwahrende Wirkung hat schon der Antrag beim unzuständigen Gericht.⁹ Dies entspricht dem Klageverfahren; dort ist anerkannt, dass auch eine unzulässige Klage die Verjährung hemmt und die Hemmung nicht durch die Verweisung (§ 281) aufgehoben wird.¹⁰ Gleiches gilt auch für das Mahnverfahren.¹¹

► **Hinweis:** Im Antrag auf Erlass des Mahnbescheids kann schon der Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens enthalten sein (§ 696 Abs. 1 S. 2), für den Fall, dass der Antragsgegner Widerspruch erhebt. Der Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids kann jedoch nicht schon mit dem Mahnantrag erfolgen (§ 699 Abs. 1 S. 2). ◀

III. Erlass des Mahnbescheids

- 15 Der Rechtspfleger prüft nur, ob die allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen (Partei- und Prozessfähigkeit, Zuständigkeit) vorliegen und ob der Antrag den Vorschriften der §§ 688, 689, 690, 703 c Abs. 2 entspricht.

Merke: Eine Schlüssigkeitsprüfung findet im Mahnverfahren nicht statt (§ 692 Abs. 1 Nr. 2).

- 16 Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, weist er den Antrag zurück (§ 691). Um die Verjährungshemmung zu erhalten, muss der Antragsteller innerhalb eines Monats seit der Zustellung der Zurückweisung des Antrags Klage erheben (§ 691 Abs. 2).
- 17 Ist der Antrag zulässig, wird der **Mahnbescheid** mit dem Inhalt des § 692 erlassen und dem Antragsgegner zugestellt (§ 693 Abs. 1). Darin enthalten ist die Aufforderung an den Antragsgegner, innerhalb von zwei Wochen seit der Zustellung den Anspruch zu erfüllen oder, wenn er Einwendungen hat, binnen dieser Frist Widerspruch zu erheben (§ 692 Abs. 1 Nr. 3).

IV. Widerspruch

► **Fall 1:** (nach BGH, Beschluss vom 21.07.2005, Az.: VII ZB 39/05 = NJW-RR 2006, 201) Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Mahnbescheid über 3.483,18 Euro erwirkt, gegen den der Beklagte rechtzeitig Widerspruch erhoben hat. Auf Antrag der Klägerin ist das Verfahren an das für das Streitverfahren zuständige AG abgegeben worden. Nachdem die Klägerin aufgefordert worden war, den Anspruch zu begründen, hat sie den Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens zurückgenommen und um Erstattung der nicht verbrauchten Gerichtskosten gebeten. Der Beklagte wandte sich gegen die Zurückweisung seines Antrags, der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Können der Klägerin die Kosten des Verfahrens auferlegt werden? ◀

⁸ Ebert, NJW 2003, 732.

⁹ BGH, Urteil vom 24.01.1983, Az.: VII ZR 178/81 = NJW 1983, 1050; Thomas/Putzo/Hüfstege, ZPO, § 693 Rn. 3; R/S/G, ZPR, § 165 Rn. 29.

¹⁰ MüKo-BGB/Grothe, 8. Aufl. 2018, § 204 Rn. 25.

¹¹ MüKo-BGB/Grothe, § 204 Rn. 33.

Der Antragsgegner kann gegen den Mahnbescheid **Widerspruch** einlegen (§ 694). Danach gibt das Mahngericht die Sache auf Antrag einer Partei (sog. Streit Antrag) an das Streitgericht ab (§ 696 Abs. 1). Dieses ist das nach §§ 12 ff. zuständige Gericht, das im Mahnantrag bezeichnet ist (§ 690 Abs. 1 Nr. 5). Das Mahnverfahren war insoweit nur eine besondere Form der **Einleitung eines Klageverfahrens**. Dem Antragsteller wird aufgegeben, seinen Anspruch innerhalb von zwei Wochen zu begründen (§ 697 Abs. 1). Danach wird wie beim Eingang einer Klage verfahren (§ 697 Abs. 2).

18

Gem. § 696 Abs. 4 S. 1 kann der Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Antragsgegners zur Hauptsache zurückgenommen werden. Ob im **Fall 1** der Klägerin die Kosten in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 S. 2 aufzuerlegen sind, war in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten. Der BGH verneint eine Analogie vor allem unter Hinweis auf Unterschiede zwischen der Klagerücknahme (§ 269) und der Rücknahme des Streit Antrags (§ 696 Abs. 4). Durch die Zurücknahme des Streit Antrags wird der Rechtsstreit nicht wie durch die Zurücknahme der Klage endgültig beendet, es entfällt gem. § 696 Abs. 4 S. 3 lediglich die Rechtshängigkeit. Das Verfahren bleibt als Mahnverfahren bei dem Gericht anhängig, bei dem es sich zum Zeitpunkt der Rücknahme befindet. Das Verfahren kommt zum Stillstand. Beide Parteien können die Fortführung des Rechtsstreits herbeiführen, indem sie erneut die Durchführung des streitigen Verfahrens beantragen. Die Klagerücknahme beseitigt demgegenüber sowohl die Rechtshängigkeit als auch die Anhängigkeit des Rechtsstreits. Dieser ist infolge der Klagerücknahme endgültig beendet. Daneben drohten sich widersprechende Kostenentscheidungen, wenn nach einer Wiederaufnahme des Verfahrens eine Kostenentscheidung ergeht, die von einer vorigen abweicht. Der BGH verweist den Beklagten letztlich auf die Möglichkeit, seinerseits die Durchführung des streitigen Verfahrens zu beantragen (gem. § 696 Abs. 1 können beide Parteien einen Streit Antrag stellen!). In diesem Verfahren wird dann auch über die im Verfahren entstandenen Kosten entschieden.

Für die Einlegung des Widerspruchs gilt die **Frist** von zwei Wochen ab Zustellung des Mahnbescheids (§ 692 Abs. 1 Nr. 3). Dies ist jedoch keine starre Frist. Nach § 694 Abs. 1 kann solange Widerspruch eingelegt werden, solange der Vollstreckungsbescheid noch nicht *verfügt* ist. Dies ist der Fall, wenn er vom Rechtspfleger in den Geschäftsgang gegeben ist.

19

Merke: Wird der Widerspruch verspätet eingelegt, wird er nicht zurückgewiesen, sondern als Einspruch gegen den schon erlassenen Vollstreckungsbescheid angesehen (§ 694 Abs. 2).

► **Vertiefung:** Erfolgt der Übergang in das streitige Verfahren, ist die Regelung der Rechtshängigkeit zu beachten, da ja keine normale Einleitung des Klageverfahrens durch eine Klageschrift erfolgt ist. Nach einem Widerspruch gegen den Mahnbescheid gilt § 696 Abs. 3. Die Sache gilt als mit Zustellung des Mahnbescheids rechtshängig geworden (Wirkungen des § 261 Abs. 3), wenn sie *alsbald* (das entspricht *demnächst* i.S. von § 167), also ohne Verzögerung durch das Verhalten des Klägers, abgegeben wird. Dieser muss also den Antrag auf Durchführung des gerichtlichen Verfahrens stellen, soweit er das nicht schon im Antrag auf Erlass des Mahnbescheids getan hat. Für die Hemmung der Verjährung (§ 204 BGB) enthält also § 167 eine spezielle weitergehende Regelung, da auf die Antragstellung abgestellt wird. ◀

V. Erlass des Vollstreckungsbescheids

- 20 Wird kein oder nur ein verspäteter Widerspruch gegen den Mahnbescheid eingelegt, erlässt das Mahngericht auf **Antrag** auf der Grundlage des Mahnbescheids den **Vollstreckungsbescheid** (§ 699 Abs. 1). Dieser Antrag muss innerhalb von sechs Monaten nach Zustellung des Mahnbescheids beantragt werden, ansonsten fällt die Wirkung des Mahnbescheids weg (§ 701 S. 1).
- 21 Der Vollstreckungsbescheid ist **Vollstreckungstitel** (§ 794 Abs. 1 Nr. 4) und steht gem. § 700 Abs. 1 einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleich. Aus ihm kann also, obwohl er noch nicht rechtskräftig ist, vollstreckt werden. Durch die Gleichstellung des Vollstreckungsbescheides mit einem 1. VU verlinkt der Gesetzgeber technisch das Mahn- und das Säumnisverfahren. Das bietet sich an, weil der Gegner in beiden Fällen untätig war. Beim VU war er säumig, beim Mahnbescheid hat er keinen Widerspruch eingelegt.
- 22 Der Vollstreckungsbescheid kann als **europäischer Vollstreckungstitel** nach der Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (Art. 3 Abs. 1 lit. b EuVTVO)¹² genutzt werden (§ 2 Rn. 36). Es muss eine Bestätigung des Vollstreckungsbescheids als europäischer Vollstreckungstitel bei dem Gericht beantragt werden, das den Vollstreckungsbescheid erlassen hat (Art. 6 EuVTVO). Der europäische Vollstreckungstitel kann dann ohne ein förmliches Vollstreckbarerklärungsverfahren und ohne, dass die Anerkennung angefochten werden kann, in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Zwangsvollstreckung genutzt werden.¹³
- 23 Der Erlass (nicht die Zustellung und nicht der Einspruch) des Vollstreckungsbescheids bewirkt gem. § 700 Abs. 2, dass die Streitsache als mit der Zustellung des Mahnbescheids (rückwirkende Fiktion) **rechtshängig** geworden ist. Dies hat die Rechtshängigkeit nach § 261 Abs. 3 zur Folge (§ 8 Rn. 63).

VI. Einspruch

- 24 Der statthafte Rechtsbehelf gegen den Vollstreckungsbescheid ist, da dieser einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichgestellt ist (§ 700 Abs. 1), der Einspruch gem. § 338.
- **Klausurhinweis:** Durch die Gleichstellung des Vollstreckungsbescheids mit einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil erfolgt eine Verknüpfung von Mahn- und Versäumnisverfahren. Neben der Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs hat dies Auswirkungen, wenn der Beklagte im Termin vor dem Streitgericht nicht erscheint. Dies ist eine typische Examenskonstellation (§ 33 Rn. 27). ◀
- 25 Der Einspruch ist innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung des Vollstreckungsbescheids (§§ 700 Abs. 1, 339 Abs. 1) einzulegen. Mit Ablauf der Einspruchsfrist wird der Vollstreckungsbescheid formell und materiell rechtskräftig. Es ist dann nie eine Schlüssigkeitsprüfung erfolgt und kein Richter hat die Streitsache je zu Gesicht bekommen. Eine Rechtskraftdurchbrechung kann nur unter den engen Voraussetzungen des § 826 BGB erfolgen (§ 28 Rn. 77). Wird der Vollstreckungsbescheid an eine – aus dem zuzustellenden Titel nicht erkennbar – prozessunfähige Partei zugestellt, setzt dies

12 Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 (EuVTVO).

13 *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 6.

nach der Rechtsprechung des BGH trotzdem die Einspruchsfrist in Gang. Für den Fall der im Verfahren unerkannt gebliebenen Geschäftsunfähigkeit ist die davon betroffene Partei durch die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage (§§ 578 Abs. 1, 579 Abs. 1 Nr. 4) ausreichend geschützt.¹⁴

Wird rechtzeitig Einspruch eingelegt, gibt das Gericht, das den Vollstreckungsbescheid erlassen hat, den Rechtsstreit von Amts wegen (also anders als beim Widerspruch gem. § 696 Abs. 1 ohne Antrag) an das Streitgericht ab (§ 700 Abs. 3).

26

VII. Säumnis im Einspruchstermin

► **Fall 2:** Das AG hat einen Mahnbescheid über 1.000 € erlassen. Am Vormittag des 1.4. geht der Widerspruch des B in der allgemeinen Posteinlaufstelle der örtlichen Justizbehörden ein, der Rechtspfleger erlässt in Unkenntnis davon am Nachmittag des 1.4. den Vollstreckungsbescheid. Die zweiwöchige Widerspruchsfrist war längst abgelaufen. Der Rechtspfleger erhält den Widerspruch am 2.4. und gibt das Verfahren sogleich an den Prozessrichter ab, der einen Einspruchstermin gemäß §§ 700 Abs. 1, 341 a anberaumt, zu dem B trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erscheint. Die dem B rechtzeitig vor dem Termin zugestellte Anspruchsbegründung (§ 697) ergibt, dass die Klage zulässig und schlüssig ist. K beantragt, den Einspruch durch zweites Versäumnisurteil zu verwerfen, hilfsweise, den B durch erstes Versäumnisurteil zu verurteilen. Wie muss das Gericht entscheiden? ◀

Im **Fall 2** war der Einspruch des B zulässig. § 694 ist analog auf einen rechtzeitigen, aber verspätet erkannten Widerspruch anzuwenden.¹⁵ B war säumig. Zusätzlich müssen die Voraussetzungen des § 331 Abs. 1, Abs. 2 Hs. 1 vorliegen (§ 700 Abs. 6).¹⁶ Es müssen also anders als beim Erlass eines zweiten Versäumnisurteils die Zulässigkeit und die Schlüssigkeit der Klage, die bisher noch nicht geprüft wurden, geprüft werden. Laut Sachverhalt war die Klage zulässig und schlüssig. Der Vollstreckungsbescheid muss auch ordnungsgemäß zustande gekommen sein. Dies ergibt sich nicht ohne Weiteres aus dem Gesetz. Die Prüfung des ordnungsgemäßen Zustandekommens des Vollstreckungsbescheids ist vorzunehmen, weil nur dann die angesprochene Gleichstellung des Vollstreckungsbescheides mit einem Versäumnisurteil zu rechtfertigen ist und in einem solchen Fall erst im Einspruchstermin erstmals eine richterliche Prüfung der Voraussetzungen des Vollstreckungsbescheids erfolgen kann. Dem Antragsgegner diese Prüfung vor Erlass eines Versäumnisurteils nach §§ 700 Abs. 1, 345 nicht zuzugestehen, würde den rechtsstaatlichen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes verletzen. Der Fall des Einspruchs gegen einen Vollstreckungsbescheid unterscheidet sich von dem des Einspruchs gegen ein echtes Versäumnisurteil gerade dadurch, dass der Richter in letzterem ja bereits bei Erlass des ersten Versäumnisurteils geprüft hat, ob die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für dessen Erlass vorliegen.

27

Es soll aber vor der folgenschweren Verwerfung des Einspruchs einmal auch gerichtlich das ordnungsgemäße Zustandekommen des Vollstreckungsbescheids geprüft werden.¹⁷ Der Vollstreckungsbescheid war verfahrensmäßig unzulässig ergangen, da vor seinem Erlass, also rechtzeitig, Widerspruch gegen den Mahnbescheid eingelegt worden war. Maßgebend war der Einlauf des Widerspruchs bei der Posteinlaufstelle, nicht

¹⁴ BGH, Urteil vom 19.03.2008, Az.: VIII ZR 68/07 = NJW 2008, 2125.

¹⁵ BGH, Urteil vom 24.11.1982, Az.: VIII ZR 286/81 = NJW 1983, 633.

¹⁶ BGH, Beschluss vom 6.5.1999, Az.: V ZB 1/99 = NJW 1999, 2599.

¹⁷ BGH, Urteil vom 7.12.1978, Az.: II ZR 35/77 = BGHZ 73, 87 = NJW 1979, 658; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, §§ 700 Rn. 21, 699 Rn. 13 ff.

erst die Vorlage beim Rechtspfleger. Ein zweites Versäumnisurteil gem. § 345 als Strafe für abermalige Säumnis ist unstatthaft, da schon der Erlass des Vollstreckungsbescheids, der einem ersten Versäumnisurteil gleichsteht, unstatthaft war. Das Gericht muss daher ein **erstes Versäumnisurteil** erlassen (§ 331), das wegen §§ 343 S. 1, 700 Abs. 1 den Vollstreckungsbescheid aufrecht erhält.

Merke: Ist der Einspruchsführer bei einem Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid im Einspruchstermin säumig, so darf ein zweites Versäumnisurteil durch Verwerfung des Einspruchs nur ergehen, wenn die Klage zulässig und schlüssig ist.

- 28 Die Abweichung vom Versäumnisverfahren, bei dem im Einspruchstermin nur die Voraussetzungen der Säumnis, nicht aber die Zulässigkeit der Klage, ihre Schlüssigkeit und die Voraussetzungen des Erlasses des ersten Versäumnisurteils geprüft werden (§ 20 Rn. 10), erklärt sich dadurch, dass bis zu diesem Zeitpunkt bedingt durch die Besonderheiten des Mahnverfahrens eine richterliche Prüfung der vollstreckbaren Entscheidung noch nicht stattgefunden hat.
- 29 Das Gericht darf also bei Säumnis des Einspruchsführers ein zweites Versäumnisurteil durch Verwerfung des Einspruchs nur erlassen, wenn
- der Einspruch zulässig ist,
 - der Einspruchsführer säumig ist,
 - die Klage zulässig ist,
 - die Klage schlüssig ist
 - und der Vollstreckungsbescheid ordnungsgemäß erlassen wurde.

VIII. Berufung

- 30 Gegen ein zweites Versäumnisurteil, mit dem der Einspruch verworfen wird (§ 345), gibt es keinen weiteren Einspruch; die Instanz ist beendet. Rechtsmittel ist die Berufung mit an sich eingeschränktem Prüfungsumfang (§ 514 Abs. 2). Die Berufung kann nur darauf gestützt werden, dass bei Erlass des angefochtenen *zweiten* Versäumnisurteils kein Fall der schuldhaften Versäumung vorgelegen habe. Die Berufung kann nicht darauf gestützt werden, dass bei Erlass des *ersten* Versäumnisurteils keine schuldhaftes Säumnis vorgelegen habe. Die Verschuldensfrage wird nach denselben Grundsätzen wie im Wiedereinsetzungsverfahren (§ 233, § 9 Rn. 23) beurteilt.¹⁸

In einer Berufungsverhandlung gegen die Entscheidung des Gerichts, mit der der Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid durch Erlass eines zweiten Versäumnisurteils zurückgewiesen wird, gilt nach herrschender Auffassung entgegen § 514 Abs. 2 der gleiche Prüfungsumfang wie im Einspruchstermin. Auch hier müsse das Gericht die Zulässigkeit und die Schlüssigkeit der Klage sowie die Zulässigkeit des Erlasses des zweiten Versäumnisurteils prüfen, weil der Prüfungsumfang in der Berufungsverhandlung mit dem im Einspruchstermin übereinstimmen müsse.¹⁹

Richtigerweise (derzeit klare Mindermeinung!) gilt der eingeschränkte Prüfungsumfang des § 514 Abs. 2 in der Berufung auch für den Fall, dass das zweite Versäumnisurteil, das den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid verwirft, angegriffen

18 MüKo-ZPO/Rimmelspacher, § 514 Rn. 19.

19 BGH, Beschluss vom 6.10.2011, Az.: IX ZB 148/11 = NJW-RR 2011, 1692; 1693; BGH, Urteil vom 25.10.1990, Az.: IX ZR 62/90 = BGHZ 112, 367 = NJW 1991, 43; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 345 Rn. 4; R/S/G, ZPR, § 165 Rn. 63.

wird. Ungeachtet der erstinstanzlichen Verfahrenseinleitung über Mahn- oder Vollstreckungsbescheid kommt so dem Beklagten auch in der Berufungsinstanz in beiden Fallgruppen ein qualitativ gleichwertiger Rechtsschutz zu.²⁰

Merke: Die Berufung gegen ein nach Erlass eines Vollstreckungsbescheids ergangenes zweites Versäumnisurteil kann nach der Rechtsprechung und ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur auch darauf gestützt werden, dass die Klage im Zeitpunkt der Entscheidung über den Einspruch unzulässig oder unschlüssig gewesen sei.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Was hat der Rechtspfleger zu prüfen, wenn er einen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids erhält?
- > Wie ist zu verfahren, wenn ein Widerspruch gegen einen Mahnbescheid nach Ablauf der Frist des § 692 Abs. 1 Nr. 3 eingeht?
- > Kann der Antragsteller beliebig lange mit der Stellung des Antrags auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids warten? Kann er den Antrag schon zusammen mit dem Antrag auf Erlass des Mahnbescheids stellen?
- > Was ist der statthafte Rechtsbehelf gegen den Vollstreckungsbescheid?
- > Unter welchen Voraussetzungen darf das Gericht im Einspruchstermin bei Säumnis des Einspruchsführers ein zweites Versäumnisurteil erlassen?
- > Wie unterscheidet sich der Prüfungsumfang des Gerichts im Einspruchstermin beim Einspruch gegen ein Versäumnisurteil und beim Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid?
- > Was hat das Gericht zu prüfen, wenn gegen ein zweites Versäumnisurteil, mit dem der Einspruch verworfen wird, Berufung eingelegt wird?

²⁰ Adolphsen/Dickler, Die Berufung gegen das zweite Versäumnisurteil – Prüfungsumfang des Berufungsgerichts nach vorangegangenem Vollstreckungsbescheid, ZfP 125 (2012), 463; Klose, Der Prüfungsumfang bei einer Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil nach einem Vollstreckungsbescheid und einem ersten Versäumnisurteil, NJ 2014, 359; MüKo-ZPO/Rimmelspacher, § 514 Rn. 18.

§ 34 Der Urkundenprozess

Literatur: *Behringer*, Streitgegenstand und Bindungswirkung im Urkundenprozess, 2007; *Bilda*, Zur Bindungswirkung von Urkundenvorbehaltsurteilen, NJW 1983, 142; *Eickmann/Oellerich*, Grundzüge des Urkundenprozesses, JA 2007, 43; *Gehle*, Der Urkunden- und Wechselprozess, JA 2018, 694; *Leidig/Jöbges*, Sämtliche sind ausnahmslos alle – Zur Zulässigkeit des Urkundenprozesses, NJW 2014, 892; *Peters*, Rechtsnatur und Beschleunigungsfunktion des Urkundenprozesses, 1996; *Schmid*, Der Urkundenprozess für Mietnebenkosten, ZMR 2015, 184; *Tunze*, Der Urkundenprozess, JuS 2017, 1073.

► **Fall 1:** Die Parteien schlossen Anfang 2019 einen schriftlichen Mietvertrag über eine Vierzimmerwohnung und vereinbarten einen monatlichen Mietzins von 660 €. Für November 2020 zahlte der Mieter unter Berufung auf eine Gegenforderung lediglich 169,80 € unter Hinweis auf § 536 Abs. 1 BGB, der eine automatische Mietminderung vorsehe. Den Differenzbetrag von 490,20 € macht der Vermieter unter Vorlage des Mietvertrags im Urkundenprozess geltend. Der Mieter macht demgegenüber Mängel der Wohnung geltend.

Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

- 1 Im **Urkundenprozess** kann der Gläubiger in einem summarischen Verfahren schnell zu einem vollstreckbaren Titel gelangen. Urkunden-, Wechsel- und Scheckprozesse sind weder in der Praxis noch im Examen von großer Bedeutung. Examensrelevanz könnte allenfalls der obige aktuellere Fall haben, da er sowohl prozessuale als auch materiellrechtliche Probleme zusammenführt.
- 2 Ein Anspruch, der die **Zahlung einer bestimmten Geldsumme** oder die Leistung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat, kann im Urkundenprozess geltend gemacht werden (§ 592 S. 1). Sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen können nur durch Vorlage von Urkunden (§ 595 Abs. 2, 3) oder durch Parteivernehmung bewiesen werden (§ 595 Abs. 2). Andere **Beweismittel** sind ausgeschlossen („nur“, § 595 Abs. 2).
- 3 **Einwendungen** sind nur insoweit zuzulassen, als sie ebenfalls mit Urkunden bewiesen werden können (§ 598).
- 4 Ein klagestattgebendes Urteil ergeht, wenn der Beklagte dem geltend gemachten Anspruch widersprochen hat, als **Vorbehaltsurteil** (§ 599 Abs. 1), in dem dem Beklagten die Ausübung seiner Rechte vorbehalten wird, die er im **Nachverfahren**, in dem alle normalen Beweismittel zugelassen sind, geltend machen kann (§ 600). Der Beklagte, der meint, Einwendungen gegen den Anspruch des Gläubigers zu haben, ist also zu einer Fortsetzung des Verfahrens gezwungen (Vor- und Nachverfahren bilden eine Einheit),¹ nachdem er den Urkundensprozess verloren hat.
- 5 Es war umstritten, ob auch Mietzinsforderungen im Urkundensprozess geltend gemacht werden können.

► **Klausurhinweis:** Das Ganze wäre in einer Klausur unter dem Stichwort Statthaftigkeit des Urkundensprozesses zu diskutieren. Es geht dabei um eine teleologische Reduktion des § 592 S. 1. ◀
- 6 Der BGH entschied 2005, dass auch dem Vermieter von Wohnraum, der unter Vorlage des Mietvertrags rückständige Miete geltend macht, der Urkundensprozess offen

1 R/S/G, ZPR, § 164 Rn. 33.

steht.² Zwar wird nach § 536 Abs. 1 BGB bei Mängeln der Mietsache die geschuldete Miete automatisch von Gesetzes wegen gemindert. Jedoch gehört die Mangelfreiheit der Mietsache nicht zu den zur Begründung des Mietzinsanspruchs erforderlichen Tatsachen, für die die Beschränkung der Beweismittel auf den Urkundsbeweis charakteristisch ist. Gemäß § 536 Abs. 1 BGB sind Mängel vom Mieter darzulegen und zu beweisen, wenn er die Mietsache übernommen hat. Der Vermieter kann also durch Vorlage des Mietvertrags als Urkunde seinen Anspruch auf Mietzins beweisen.

Der Inanspruchnahme des Urkundenprozesses steht nach Ansicht des BGH auch nicht entgegen, dass rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, die die gesetzlich eintretende Mietminderung zum Nachteil des Mieters ausschließen oder einschränken, bei Wohnraummietverhältnissen gemäß § 536 Abs. 4 BGB unwirksam sind. Zwar hat der Urkundenprozess zur Folge, dass der Mieter die von ihm geltend gemachten Mängel regelmäßig nicht mit den im Urkundenprozess zugelassenen Beweismitteln nachweisen kann. Er wird in aller Regel zunächst durch Vorbehaltsurteil zur Zahlung der Miete verurteilt, so dass erst im Nachverfahren über das Vorliegen von Mängeln und die entsprechende Mietminderung entschieden wird. Der BGH hat jedoch ausgeführt, dass der Mieter den Nachteilen, die ihm durch eine Vollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil möglicherweise entstehen, weitgehend durch die Schutzanordnungen der ZPO begegnen kann (§ 707), und dass er zudem durch eine verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters (dieser muss, wenn er aus dem Vorbehaltsurteil vollstreckt, Schadensersatz leisten)³ abgesichert ist. Diese Nachteile sind daher im wesentlichen vorläufiger Natur und nicht zu vergleichen mit einer Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung, die ihm durch eine nach § 536 Abs. 4 BGB unzulässige rechtsgeschäftliche Vereinbarung droht. Das materielle Mietrecht rechtfertigt es deshalb nicht, die prozessualen Befugnisse des Vermieters aus § 592 S. 1 entgegen dem umfassenden Wortlaut der Vorschrift einzuschränken.

² BGH, Urteil vom 01.06.2005, Az.: VIII ZR 216/04 = NJW 2005, 2701.

³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 59 Rn. 85.

§ 35 Das Verfahren in Familiensachen

Literatur: *Becker/Junggeburt*, Das neue FamFG: Die Reform des Verfahrens in Familiensachen und den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2009; *Bumiller/Harders*, FamFG, 12. Aufl. 2019; *Coester-Waltjen*, Das Neue FamFG, JURA 2009, 358; *Fölsch*, Das neue FamFG in Familiensachen, 2. Aufl. 2009; *Heinemann*, Die Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das FamFG und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, DNotZ 2009, 6; *Hartmann*, Neues Familienverfahren und ZPO, NJW 2009, 321; *Hütter/Kodal*, Die Grundlinien des Familienstreitverfahrens, insbesondere des Unterhaltsverfahrens, FamRZ 2009, 917; *Klein*, Reform des einstweiligen Rechtsschutzes, FuR 2009, 241 und 321; *Kroiß/Seiler*, Das neue FamFG, 2. Aufl. 2009; *Löhnig/Heiß*, Die Neuregelung des einstweiligen Rechtsschutzes nach dem FamFG, FamRZ 2009, 1101; *Maurer*, Die Rechtsmittel in Familiensachen nach dem FamFG, FamRZ 2009, 465; *Meyer-Seitz/Frantzoch/Ziegler*, Die FGG-Reform: Das neue Verfahrensrecht, 2009; *Stößer*, Das neue Verfahren in Kindschaftssachen, FamRZ 2009, 656.

- 1 2009 ist das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) in Kraft getreten. Das FamFG ist Teil des FGG-Reformgesetzes (dessen Art. 1), eines Artikelgesetzes, das insgesamt mehr als 100 Gesetze geändert hat. Gleichzeitig sind das FGG und aus der ZPO das 6. Buch (§§ 606 ff., Familienrecht, das 6. Buch enthält seit 2018 die Regeln des Musterfeststellungsverfahrens) und das 9. Buch (§§ 946 ff., Aufgebotsrecht) außer Kraft getreten. Das FamFG enthält einen Allgemeinen Teil (Buch 1) und eine Regelung in Familiensachen (Buch 2, §§ 111–270 FamFG). Die weiteren sechs Bücher betreffen Betreuung und Unterbringung, Nachlass und Teilung, Register und Unternehmensrecht, das Vereinsregister sowie Freiheitsentziehung und Aufgebot. Das FamFG enthält also, anders als es der Name andeutet, viel mehr als nur Verfahrensrecht in Familiensachen.¹
- 2 Die **Familiensachen** sind in § 111 FamFG geregelt. Hier sind Regelungen enthalten von Scheidungs- und Folgesachen über Kindschaft, Abstammung, Adoption, Wohnung und Haushaltssachen, über Gewaltschutz, Versorgungsausgleich und Unterhalt bis zum Güterrecht und zur Lebenspartnerschaft. Von den in § 111 FamFG aufgeführten Familiensachen sind einige Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und andere Familienstreitsachen (§ 112 FamFG). Letztere unterliegen zusammen mit den Ehesachen (§ 111 Nr. 1 FamFG) weitgehend den Vorschriften der ZPO (§ 113 FamFG).
- 3 Sachlich zuständig in Familiensachen ist das Amtsgericht (§ 23 a Abs. 1 Nr. 1 GVG). Bei den Amtsgerichten werden Abteilungen für Familiensachen (Familiengerichte) gebildet (§ 23 b Abs. 1 GVG). Das **Familiengericht** ist eine besondere Abteilung des Amtsgerichts. Hierbei handelt es sich um einen Fall gesetzlicher Geschäftsverteilung. Zusätzlich gibt es das Betreuungsgericht (§ 23 c GVG), ein Vormundschaftsgericht gibt es nicht mehr. Dessen Funktionen übernehmen Familien- bzw. Betreuungsgericht.
- 4 Das **Verfahren** ist, u.a. wegen des öffentlichen Interesses an dem Bestand der Ehe, stark vom Untersuchungsgrundsatz geprägt (§ 26 FamFG). Das Familiengericht erhebt die erforderlichen Beweise in geeigneter Form. Es ist hierbei an das Vorbringen der Beteiligten nicht gebunden (§ 29 FamFG). In Ehesachen und Folgesachen besteht für die Ehegatten, in selbstständigen Familienstreitsachen (§ 114 Abs. 1 FamFG) für die Beteiligten Anwaltszwang. Dies sind die in § 112 Nr. 1–3 FamFG genannten Verfah-

1 Zur Evaluierung (2018) des FGG nach der Reform: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Evaluierung_FGG_Reform.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

ren. Das Gesetz versucht, der in der Praxis häufigen Konfrontation in Familiensachen durch begriffliche Abrüstung zu begegnen (§ 113 Abs. 5 FamFG). So heißen Prozess oder Rechtsstreit neutral Verfahren, die Klage Antrag, der Kläger Antragsteller, der Beklagte Antragsgegner und die Parteien Beteiligte. Ein Pendant zur Anhörungsrüge des § 321 a ist in § 44 FamFG enthalten.

Das Familiengericht entscheidet immer durch Beschluss, nicht durch Urteil (§ 38 Abs. 1 FamFG). Daraus ergeben sich auch die statthaften Rechtsmittel. Dies sind die Beschwerde (§§ 58 ff. FamFG) und die Rechtsbeschwerde (§§ 70 ff. FamFG). Beide Rechtsmittel sind den §§ 567 ff. und 574 ff. nachgebildet. Die Beschwerde ist an das OLG statthaft (§ 119 Abs. 1, Nr. 1 GVG), dagegen gibt es die Rechtsbeschwerde zum BGH (§ 133 GVG).

Einstweiliger Rechtsschutz ist in §§ 49 ff. FamFG geregelt. Diese verdrängen den einstweiligen Rechtsschutz nach der ZPO: Gemäß § 119 Abs. 2 FamFG ist in Familiensachen der Arrest (§§ 916 ff) statthaft. Das Verfahren ist gegenüber dem Hauptsacheverfahren selbstständig (§ 51 Abs. 3 S. 1 FamFG), eine einstweilige Anordnung kann auch ergehen, wenn noch keine Hauptsache anhängig ist. Statthaft ist die einstweilige Anordnung (§ 49 FamFG). Diese darf die Hauptsache nicht vorwegnehmen (§ 49 Abs. 1 FamFG), möglich sind Sicherungs- und Regelungsanordnung (§ 49 Abs. 2 FamFG). Zuständig ist das Gericht, das für die Hauptsache im ersten Rechtszug zuständig wäre. Ist eine Hauptsache anhängig, ist das Gericht des ersten Rechtszugs, während der Anhängigkeit beim Beschwerdegericht das Beschwerdegericht zuständig (§ 50 Abs. 1 FamFG). Das Gericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden (§ 51 Abs. 2 S. 2 FamFG). Ist eine einstweilige Anordnung erlassen, hat das Gericht auf Antrag eines Beteiligten das Hauptsacheverfahren einzuleiten (§ 52 Abs. 1 FamFG).

Für eine Abänderung von Entscheidungen in Unterhaltsachen ist die Spezialvorschrift des § 238 FamFG zu beachten. Diese verdrängt in ihrem Anwendungsbereich den § 323 (s.o. § 28 Rn. 66).