

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) – BT-Drucksache 16/6308

Art. 1: FamFG, Buch 2: Verfahren in Familiensachen

Inhaltsübersicht	
I.	Vorbemerkung 1
II.	Unterhaltsverfahren 3
1.	Allgemeines 3
2.	Verfahrensrechtliche Auskunftspflicht (Änderungsvorschläge) 4
3.	Abänderungsverfahren §§ 238, 239 (Änderungsvorschläge) 5
a)	Abänderung von Urteilen (§ 238) 5
b)	Änderung vollstreckbarer Urkunden und Vergleiche (§ 239) 9
4.	Einstweilige Anordnung (Änderungsvorschlag) 11
5.	Ehesachen und Scheidungsverbund (Änderungsvorschlag) 12
6.	Rechtsmittel 13
III.	Zusammenfassung der Änderungsvorschläge 14

I. Vorbemerkung

Der Gesetzentwurf zum FGG-RG hat einen beachtlichen Umfang. Das Kernstück des Entwurfs ist das FamFG¹ (Art. 1), das wiederum in seinem zweiten Buch die einzelnen Familienverfahren zusammenfasst. Das Gesetz gliedert mit den „sonstigen Familiensachen“ sachlich zusammenhängende Streitthemen (vor allem zwischen geschiedenen Ehegatten) in das Familienverfahren ein (**Großes Familiengericht**). Trotz umfangreicher Verweisungen auf die ZPO in **Familienstreitsachen** handelt es sich bei dem FamFG um eine im Wesentlichen eigenständige Verfahrensordnung, die das Verfahren für die Beteiligten

¹ §§ ohne Gesetzesbezeichnung beziehen sich im Folgenden auf den FamFG-E; Seitenzahlen ohne nähere Angaben beziehen sich auf die BT-Drucks. 16/6308

transparenter macht und für die Gerichte und Rechtsanwälte in der Handhabung erleichtert.

Insbesondere die Umsetzung der wichtigen Grundanliegen des Gesetzes, die Schaffung des „großen Familiengerichts“, eine übersichtlichere und verständlichere Verfahrensordnung, so insbesondere durch eine Vereinfachung des Rechtsmittelrechts, dürfte jedenfalls im Bereich des bisherigen Familienverfahrensrechts im Ganzen gelungen sein.

Dass die Kompetenzen des Familiengerichts erheblich erweitert werden, ermöglicht eine umfassende Behandlung sachlich zusammenhängender Probleme und Streitfragen. Das kann zu mehr Bürgerfreundlichkeit der Justiz führen. Die Anforderungen an die Familiengerichte werden damit erneut erhöht und sind vielfältiger Natur. Von besonderer Wichtigkeit sind daher die Personen, die die Verfahrensordnung durch ihre Tätigkeit ausfüllen. Und die Qualität der Rechtsprechung und die Bürgerfreundlichkeit der Familienjustiz stehen und fallen

- mit der ausreichenden personellen und sächlichen Ausstattung der Familiengerichte²
- mit der Qualifikation, Fortbildung und Motivation der Familienrichterrinnen und –richter.

Dass der Gesetzentwurf von fachlich hoher Qualität ist und eine außerordentliche Fleißarbeit belegt, sollte nun allerdings von einer in Einzelfragen gebotenen Kritik nicht abhalten, sondern eher dazu motivieren, das Gesetz weiter zu optimieren. In diesem Sinne verstehen sich die nachstehenden Bemerkungen und Änderungsvorschläge aus dem Blickwinkel der familiengerichtlichen Praxis.

² Ich teile die Befürchtung von Borth, FamRZ 2007, 1925, 1935, dass der von dem Gesetz verlangte größere Verfahrensaufwand im Hinblick auf die Kürzungen in den Justizhaushalten der Länder und den nach der Pebbsy-Zählweise insbesondere bei den Amtsgerichten gestiegenen Belastung nicht zu leisten sein wird.

Die Fülle des Materials zwingt zur Beschränkung auf einige ausgewählte Fragen. Meine Stellungnahme bezieht sich auf das **Unterhaltsverfahren und damit zusammenhängende Fragen** des Scheidungsverbands, der einstweiligen Anordnung und des Rechtsmittelverfahrens.

II. Unterhaltsverfahren

1. Allgemeines

Zu begrüßen ist die Erweiterung der örtlichen Zuständigkeit beim Aufenthalt des Klägers auf sog. privilegierte Volljährige nach § 1603 II 2 BGB in § 232 I Nr.2. Sie wurde bislang in der Sache in einem großen Teil der Fälle schon praktiziert, indem in Fällen der Streitgenossenschaft von minderjährigen Kindern und privilegierten Volljährigen eine Annexzuständigkeit nach § 642 III ZPO angenommen wurde³ und es zudem häufig um einheitlichen Unterhalt für die Zeit vor und nach Eintritt der Volljährigkeit ging.⁴ Die terminologische Änderung „der Elternteil, der auf Seiten des Kindes zu handeln befugt ist“, ist allerdings zur Erfassung der Prozessstandschaft nach § 1629 III BGB nicht notwendig (auch hier vertritt der Elternteil das Kind außergerichtlich) und erscheint als neue begriffliche Kategorie überflüssig.

Die vom Bundesrat angeregte Annexzuständigkeit auch für volljährige, nicht privilegierte Kinder halte ich für erwägenswert, wenngleich im praktischen Alltag für selten problematisch. Häufiger werden künftig Fälle mit gleichrangigen Ehegatten auftreten oder aber konkurrierenden Anträgen oder Abänderungsanträgen von Unterhaltsberechtigten nach § 1570 BGB und § 1615I BGB, für die sich Bedarf für eine Konzentration bei einem örtlich zuständigen Gericht ergibt.

³ Z. B. OLG Oldenburg OLGR 2005, 348; OLG Hamm FamRZ 2003, 1126

⁴ OLG Hamm FamRZ 2001, 1012

Zur erwünschten Konzentration beim Familiengericht führt schließlich auch der abweichend von der Rechtsprechung des BGH⁵ vorgesehene Vorrang der familiengerichtlichen Zuständigkeit bei Konkurrenz mit anderen ausschließlichen Zuständigkeiten (z. B. aus dem Vollstreckungsrecht), § 232 II.

2. Verfahrensrechtliche Auskunftspflicht (Änderungsvorschläge)

Zu weitgehend und wohl insgesamt als Neuerung in Frage zu stellen ist die Regelung zur verfahrensrechtlichen Auskunftspflicht nach **§ 235** (Parteien) und **§ 236** (Dritte). Sie soll Stufenklagen entbehrlich machen, indem sie unter anderem das Gericht nunmehr zu Auskunftsanordnungen verpflichtet.

Die Ermittlungspflicht des Gerichts ist als nicht zweckdienlich abzulehnen. Die obligatorische Aufklärung durch das Familiengericht führt zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Beibringungsgrundsatz und Amtsermittlung. Und sie wird im praktischen Ergebnis vielfach dazu führen, dass die angestrebte Beschleunigung ausbleibt und sogar im Gegenteil in eine Verzögerung umschlägt. Sie sollte sowohl im erstinstanzlichen als auch – und besonders – im Rechtsmittelverfahren gestrichen werden.

Die Anordnungspflicht ist zunächst beschränkt, weil es nur um die Auskunft „vor dem Verfahren“ geht. Die durch während des laufenden Verfahrens eintretende Änderungen entstehende Lücke soll durch die Pflicht zur ungefragten Aufklärung (§ 235 III) geschlossen werden, was aber nicht ausreicht. Nicht recht verständlich ist zudem, warum die Auskunftsanordnung nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar sein soll. Das wäre ein deutlicher Nachteil gegenüber dem bisherigen Verfahren der Stufenklage. Der Nachteil wird insbesondere nicht durch die Auskunftspflicht von Dritten (§ 236) behoben. Das Vorgehen gemäß § 236 dürfte regelmäßig zeitaufwendiger sein (Fristsetzung, notwendige Mitteilung von Anschriften, zögerliche und unvollständige Erledi-

⁵ BGH FamRZ 2001, 1705

gung durch Auskunftspflichtete) als die unmittelbare und mit Zwangsmitteln bewehrte Inanspruchnahme der Partei.

Im Übrigen enthält der Entwurf Verschlechterungen gegenüber der bestehenden Rechtslage (Bsp.: Keine Vermögensauskunft durch das Finanzamt).

Auf ein **Redaktionsversehen** in § 235 I S.4 hat *Borth* bereits hingewiesen.⁶ Der in Bezug genommene Abs. 4 enthält keine Verpflichtung, gemeint ist Abs. **3**.

3. Abänderungsverfahren §§ 238, 239 (Änderungsvorschläge)

Da es sich beim Unterhalt um wiederkehrende Leistungen handelt und geschiedene Eheleute oft noch Jahre oder Jahrzehnte nach der Scheidung über Unterhaltsverfahren miteinander verbunden bleiben, hat die Frage der Abänderbarkeit getroffener Entscheidungen oder sonstiger Titel zentrale Bedeutung für das Unterhaltsverfahrensrecht.

Die hier im Entwurf vorgesehenen Vorschriften bedürfen m. E. der Korrektur.

a) Abänderung von Urteilen (§ 238)

Die Regelung des Entwurfs enthält als **grundsätzlich zu begrüßende Neuerungen**

- die sog. „negative Mahnung“, wonach die Herabsetzung des durch Urteil festgesetzten Unterhalts bereits ab einem Verlangen auf Herabsetzung oder einem darauf gerichteten Auskunftsverlangen eingreift.
- die erleichterte Rückforderbarkeit überzahlten Unterhalts bereits ab Rechtshängigkeit einer Abänderungsklage.

Die erste Änderung entspricht dem Vorschlag des Deutschen Familiengerichtstages⁷, die zweite dürfte eine zur Vermeidung des Entreicherungs-

⁶ FamRZ 2007, 1925, 1934

⁷ Arbeitskreis 5 des 15. DFGT, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 13, S.79 (allerdings mit vorgeschlagener Regelung im materiellen Recht)

einwands (§ 818 III, IV BGB) notwendige Klagenhäufung (Abänderungsklage und – durch den Erfolg der Abänderungsklage bedingte – Rückforderungsklage) weitgehend entbehrlich machen.

Dagegen gibt insbesondere die im Entwurf vorgesehene **Härteklausel (§ 238 II, III S.4) Anlass zur Kritik.**

Folgende Beanstandungen erscheinen angebracht:

In § 238 I S.2 dürfte die Zulässigkeitsvoraussetzung, dass **Tatsachen vorzutragen sind**, zu eng gefasst sein, jedenfalls ist sie missverständlich.

Die Entwurfsverfasser haben sich hier zu sehr von dem in der Praxis häufigsten Fall geänderter Tatsachen leiten lassen, auf den sich auch nur die in der Begründung zitierten Stellen beziehen. Es ist aber allgemein anerkannt, dass eine Abänderung auch zulässig ist, wenn sich lediglich die Rechtslage geändert hat, die Tatsachen aber gleich geblieben sind.

Beispiele: Rangänderungen aufgrund der am 1.1.2008 in Kraft getretenen Unterhaltsrechtsreform, Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Anrechnungs-/ Differenzmethode. Selbst wenn in diesen Fällen lediglich (ungenügende) Alt-tatsachen vorgetragen werden, bleibt die Abänderungsklage dennoch zulässig, wobei geänderte rechtliche Verhältnisse vom Familiengericht ohnedies von Amts wegen zu berücksichtigen sind.

Härteklausel

Der Entwurf enthält in § 238 II eine Ausnahme vom Erfordernis geänderter Verhältnisse, wenn eine Nichtberücksichtigung von „Alt-tatsachen“, insbesondere im Hinblick auf das Verhalten des Antragsgegners, **grob unbillig** wäre. Mit dieser „Härteklausel“ soll der Rechtsprechung Rechnung getragen werden, die im Wege der teleologischen Reduktion verschiedene Einschränkungen der Präklusionsvorschrift entwickelt habe.

Die in der Entwurfsbegründung und in der Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Bedenken des Bundesrates angeführten Entscheidungen rechtfertigen die vorgesehene Regelung allerdings nicht. Die angeführten Entscheidungen des BGH beziehen sich zum einen auf Sonderfälle und statuieren teils nur scheinbare Ausnahmen (so BGH FamRZ 1990, 1095: Fortwirkendes Verschweigen einer relevanten Tatsache). Zum anderen erfassen sie nicht die Zulässigkeit der Abänderungsklage, sondern die Frage des Abänderungsmaßstabs bei schon aus anderen Gründen zulässiger Klage (BGH FamRZ 1987, 259; ähnlich BGH FamRZ 1998, 99; sog. „Sekundärkorrektur“⁸).

Besonders deutlich wird das an der Entscheidung des BGH FamRZ 1987, 259: Ob dieser in der Entwurfsbegründung angeführte Fall nach § 238 II überhaupt die Abänderung nach der vorgesehenen Härteklausele eröffnen würde, darf bezweifelt werden. Dem Abänderungskläger war hier der im Vorprozess nicht berücksichtigte Bezug von Pflegegeld von Anfang an bekannt gewesen. Weil er es in der Hand hatte, den Umstand geltend zu machen, läge eine grobe Unbilligkeit der Nichtberücksichtigung kaum vor.

Der Entwurf argumentiert also hier bezeichnenderweise mit einer von der Rechtsprechung postulierten Ausnahme zur Rechtfertigung einer Härteklausele, die aber den entschiedenen Fall gar nicht erfasst.

Die Beispiele aus der Rechtsprechung des BGH beziehen sich zudem fast ausnahmslos auf die sogenannte „Sekundärkorrektur“ (im Gegensatz zur Zulässigkeit der Abänderungsklage). Dass für den Gesetzentwurf die Entscheidungen nicht hinreichend analysiert worden sind, zeigt sich daran, dass diese sich ganz überwiegend mit dem Anpassungsmaßstab beschäftigen. Dieser ist in § 238 IV geregelt, wonach die Entscheidung nur „unter Wahrung ihrer Grundlagen“ anzupassen ist, also gerade ohne Berücksichtigung der Alt-tatsachen.

⁸ Johannsen/Henrich/Brüdermüller, Eherecht, 4. Aufl., § 323 ZPO Rn. 109

Stellungnahme:

Die jeweils auf den Einzelfall bezogenen Entscheidungen des BGH sind von den Entwurfsverfassern nicht hinlänglich analysiert worden und bieten für die vorgesehene Härteklausele kein taugliches Vorbild. Mit der Härteklausele wäre vielmehr unweigerlich eine verallgemeinernde Wirkung verbunden.⁹ Der Bundesrat bezeichnet die Härteklausele daher zu Recht als Einladung an die Verfahrensbeteiligten, mit einer groben Unbilligkeit zu argumentieren, was letztendlich zu einer vermeidbaren Erhöhung des Streitpotenzials durch Wiederholung bereits abgeschlossener Prozesse und zur Mehrbelastung der Gerichte führt.¹⁰

Die im Unterhaltsrecht ohnedies in vielfältiger Hinsicht vorhandenen unbestimmten Rechtsbegriffe wie Billigkeit, Angemessenheit, Zumutbarkeit sollten hier nicht um eine vermeidbare weitere Billigkeitsvorschrift vermehrt werden. Übereinstimmend mit der Stellungnahme des Bundesrates wird demnach befürwortet, die **Härteklausele zu streichen** (sowohl in Abs.2 als auch in Abs.3) und die Lösung von Grenz- und Sonderfällen wie bisher der Rechtsprechung und Wissenschaft zu überlassen.

Zusammenfassend sollte daher § 238 den folgenden Inhalt erhalten:

§ 238

Abänderung gerichtlicher Entscheidungen

(1) Enthält eine in der Hauptsache ergangene Endentscheidung des Gerichts eine Verpflichtung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen, kann jeder Teil die Abänderung verlangen, **wenn eine Veränderung der der Entscheidung zugrunde liegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse eingetreten ist.**

(2) Der Antrag kann nur auf Gründe gestützt werden, die nach Schluss der Tatsachenverhandlung des vorausgegangenen Verfahrens entstanden sind und de-

⁹ Zutreffend Rasch, FPR 2006, 426, 429 zur entsprechenden Regelung des Referentenentwurfs.

¹⁰ BT-Drucks. 16/6308 S. 384

ren Geltendmachung durch Einspruch nicht möglich ist oder war. **(Weiteres gestrichen)**

(3) Die Abänderung ist zulässig für die Zeit ab Rechtshängigkeit des Antrags. Ist der Antrag auf Erhöhung des Unterhalts gerichtet, ist er auch zulässig für die Zeit, für die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts Unterhalt für die Vergangenheit verlangt werden kann. Ist der Antrag auf Herabsetzung des Unterhalts gerichtet, ist der Antrag auch zulässig für den Ersten des auf ein entsprechendes Auskunfts- oder Verzichtverlangen des Antragstellers folgenden Monats. Für eine mehr als ein Jahr vor Rechtshängigkeit liegende Zeit kann eine Herabsetzung nicht verlangt werden. **(Weiteres gestrichen)**

(4) Liegt eine wesentliche Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse vor, ist die Entscheidung unter Wahrung ihrer Grundlagen anzupassen.

b) Änderung vollstreckbarer Urkunden und Vergleiche (§ 239)

Nach § 239 I S.2 soll der Antrag auf Abänderung von Vergleichen und Urkunden nur zulässig sein, „sofern der Antragsteller Tatsachen vorträgt, die die Abänderung rechtfertigen“.

Der Satz 2 sollte gestrichen werden. Er ist zumindest missverständlich. In Anbetracht der Gesetzesbegründung ist nicht auszuschließen, dass er auf einer unrichtigen Ansicht von der Abänderung sonstiger Vollstreckungstitel beruht. Die Entwurfsbegründung verlangt hier den Vortrag von Tatsachen, die die Abänderung des Titels tragen (S.258). Diese Einschränkung macht nur einen Sinn, wenn es sich um geänderte Tatsachen handelt. Da die Abänderung von Urkunden und Vergleichen sich aber anerkanntermaßen allein nach materiellem Recht richtet und nach dem Entwurf auch richten soll (S.258), kann das Prozessrecht hier keine besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Klage aufstellen. Nach der Rechtsprechung des BGH sind die § 323 I – III ZPO auf andere Vollstreckungstitel als Urteile nicht anzuwenden. Deren Abänderung richtet sich allein nach dem materiellen Recht (BGHZ – Großer Senat für Zivilsachen – 85, 64 = FamRZ 1983, 22).

Und auch bei **Vergleichen** kann in bestimmten Konstellationen eine Abänderungsklage sogar ohne den Vortrag einer Änderung zulässig und schlüssig sein, wenn etwa der Vergleich keine Grundlage enthält oder sich eine solche auch nicht mehr feststellen lässt (BGH FamRZ 1989, 1033). Im Übrigen kann ein Vergleich auch abgeändert werden, wenn sich lediglich die Rechtslage ändert, was wiederum mit dem Begriff „Verhältnisse“ besser umschrieben ist als mit „Tatsachen“.

Bei **vollstreckbaren Urkunden** setzt eine Abänderung nur dann geänderte Tatsachen und einen Wegfall der Geschäftsgrundlage voraus, wenn die Urkunde auf einer von den Parteien des Unterhaltsverhältnisses getroffenen Vereinbarung beruht.

Dass auch die Abänderung vollstreckbarer Urkunden, die nicht auf einer vorausgegangenen Vereinbarung beruhen, geänderte Umstände voraussetzt, kann allerdings bislang noch nicht als gesichert angesehen werden.¹¹ Die Ansicht, eine Abänderungsklage gegen eine vollstreckbare Urkunde sei nur zulässig, wenn Tatsachen vorgebracht würden, die eine Änderung tragen, ist aber in jedem Fall zu allgemein. So kann für den Unterhaltsgläubiger eine einseitig errichtete Urkunde von vornherein keine Bindungswirkung haben. Es ist anerkannt, dass ein Unterhaltsberechtigter auch nach Entgegennahme einer vollstreckbaren Urkunde erhöhten Unterhalt im Wege der Zusatzklage oder Abänderungsklage¹² geltend machen kann, ohne an die einseitig errichtete Urkunde gebunden zu sein.

Ob für einen Unterhaltsschuldner die Abänderung offenstehen muss, richtet sich danach, ob die einseitige Errichtung ein rechtsverbindliches Schuldanerkenntnis darstellt. Durch § 239 I S.2 werden diese Besonderheiten nicht beachtet. § 239 I **S.2** sollte daher **vollständig gestrichen** werden.

¹¹ Vgl. einerseits BGH FamRZ 2004, 24 (auch BGH FamRZ 2003, 304 zum Unterhaltsfestsetzungsbeschluss), andererseits FamRZ 2007, 715 m. krit. Anm. Hoppenz

¹² Vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2006, 1212

4. Einstweilige Anordnung (Änderungsvorschlag)

Seit dem KindUG hat sich in Rechtsprechung und Literatur die Ansicht durchgesetzt, dass die einstweilige Verfügung wegen des speziellen Rechtsbehelfs der einstweiligen Anordnung keinen Raum mehr hat. Das unterstreichen der Entwurf und die Begründung. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Folgerichtig werden die im BGB noch enthaltenen Reste der einstweiligen Verfügung (§ 1615o Abs. 1 und 2) getilgt und ihr verfahrensrechtlicher Gehalt in § 247 aufgenommen.

Die Neuerung ist, dass das Verfahren auf einstweilige Anordnung im Gegensatz zur heutigen Rechtslage ein **selbstständiges Verfahren** ist, über dessen Kosten (im Gegensatz zu § 620g ZPO) auch selbstständig zu entscheiden ist, § 51 IV. Dass bisher eine Hauptsacheklage zu erheben war, wird nach dem Entwurf durch einen für den Antragsteller obligatorischen Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens ersetzt, was grundsätzlich sachlich gerechtfertigt erscheint.

Es fehlt indessen eine Regelung zur Kostentragung bei Aufhebung der einstweiligen Anordnung nach § 52 II S.3 und bei Außerkrafttreten nach § 56. Es ist fraglich, ob es hier z. B. bei der Kostentragungspflicht des Unterhaltsschuldners bleiben soll, wenn der Gläubiger der Anordnung des Gerichts nach § 52 II nicht folgt und einen Hauptsacheantrag nicht stellt oder aber sich in einem Hauptsacheverfahren ergibt, dass ein Unterhaltsanspruch nicht bestand. Im ersten Fall dürften die Kosten noch in dem Aufhebungsbeschluss analog § 926 ZPO dem Antragsteller aufzuerlegen sein.

Wer im zweiten Fall (Außerkrafttreten nach § 56) die Kosten zu tragen hat, ist dem Entwurf aber nicht eindeutig zu entnehmen. Eine Entsprechung zum Arrest- und einstweiligen Verfügungsverfahren nach der ZPO findet sich hier nicht. Die Begründung (S.201) legt vielmehr nahe, dass es jedenfalls bei Außerkrafttreten nach § 56 die Kostenregelung in der einstweiligen Anordnung unverändert verbleiben soll. Das führt m. E. zu unbilligen Ergebnissen, etwa wenn ein Antrag abgewiesen wird, weil etwa Unterhaltsbedürftigkeit von

Vornherein nicht bestand, oder wenn der Antragsteller seinen Antrag in der Hauptsache zurücknimmt.

Es sollte demnach eine Möglichkeit geschaffen werden, im Hauptsacheverfahren nach § 56 neben der Kostenregelung im Hauptsacheverfahren auf Antrag auch die **Kostenentscheidung im Verfahren auf einstweilige Anordnung nachträglich zu ändern**.

5. Ehesachen und Scheidungsverbund (Änderungsvorschlag)

Die gegenwärtigen Regelungen zum Scheidungsverbund werden im Prinzip beibehalten. Zu begrüßen ist, dass die in der Praxis weitgehend nicht angewendete Vorschrift des § 630 ZPO zur einverständlichen Scheidung sich im FamFG nicht wiederfindet.

Außerdem fehlt die heute noch obligatorische Übernahme einer Folgesache zum Sorgerecht in den Scheidungsverbund. Derzeit verhält es sich so, dass eine Folgesache zum Sorgerecht nach § 623 II S.1 ZPO zwingend im Scheidungsverbund zu führen ist und sodann auf einen entsprechenden Antrag – ebenfalls zwingend – abzutrennen ist (§ 623 II S.2 ZPO), vor allem um eine Vora-bentscheidung zu ermöglichen. Der Gesetzentwurf sieht demgegenüber in § 137 III eine Einbeziehung nur auf Antrag eines Ehegatten vor, die das Gericht „aus Gründen des Kindeswohls“ ablehnen kann, und in § 140 II S.2 Nr.3 wiederum ein Abtrennungsermessen des Gerichts.

Endgültig überflüssig ist demnach allerdings die schon derzeit ohnehin fragwürdige Abtrennung einer Unterhaltsfolgesache wegen des Zusammenhangs mit der Sorgerechtsache (§ 623 II S.3 ZPO, § 140 III FamFG-E). Da es beim Unterhalt im Scheidungsverbund nur um Unterhalt ab Rechtskraft der Scheidung („für den Fall der Scheidung“) gehen kann, war es von Vornherein widersinnig, die Abtrennung der Folgesache aus ähnlichen Gründen wie zur Folgesache Sorgerecht für notwendig zu halten. Die Regelung war von einem ge-

setzgeberischen Missverständnis geprägt.¹³ Sie sollte nunmehr vollständig aus dem Gesetz getilgt und auch nicht – wie vom Entwurf vorgesehen – in abgeschwächter Form (§ 140 III) beibehalten werden. Die in § 140 III aufgestellte Voraussetzung, dass die Abtrennung „wegen des Zusammenhangs mit der Kindschaftsfolgesache geboten erscheint“, kann sinnvollerweise nicht vorliegen, sondern allenfalls zu missbräuchlichen Abtrennungsanträgen des auf Unterhalt in Anspruch genommenen Ehegatten einladen.¹⁴

§ 140 III sollte demzufolge als überflüssig gestrichen werden.

6. Rechtsmittel

Der Entwurf enthält in § 117 – bezogen auf Ehesachen und Familienstreitsachen – anstelle der bisherigen Berufungsbegründungsfrist eine **Beschwerdebegründungsfrist**. Da sich § 17 I aber nur auf Einlegungsfristen bezieht und nicht auf Begründungsfristen, stellt § 117 V die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sicher. An neuerer Rechtsprechung wäre allerdings die Entscheidung des BGH (11. Zivilsenat) vom 19.6.2007¹⁵ zu berücksichtigen, die zumindest eine gesetzliche Klarstellung erforderlich machen dürfte.

Zu begrüßen ist, dass die **Anschlussbeschwerde** (§ 66) ohne eine Einlegungs- oder Begründungsfrist ausgestaltet ist. Das beseitigt einige Streitfragen, die seit der ZPO-Reform und Folgeänderungen zu § 524 ZPO entstanden sind.¹⁶ Jedenfalls für Unterhaltssachen ist darauf zu achten, dass trotz des Änderungswunsches des Bundesrates (bezogen auf sonstige Familiensachen) daran festgehalten wird.

¹³ Näher dazu Klinkhammer, FamRZ 2003, 583

¹⁴ Klinkhammer, FamRZ 2003, 583

¹⁵ FamRZ 2007, 1640 = BGHZ 173, 14

¹⁶ S. z. B. OLG Koblenz (9. Zivilsenat) vom 30.5.2007, OLGR 2007, 788 gegen OLG Koblenz (7. Zivilsenat) vom 14.6.2007, FamRZ 2007, 1999 ebenso OLG Celle FamRZ 2007, 1821; zum Ganzen s. Klinkhammer, FF 2006, 95

Weiterhin bedenkenswert erscheint die deutliche Erweiterung der Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gemäß § 68 III S.2, die in Unterhaltssachen weit über die bisherige Möglichkeit nach § 522 II ZPO hinausgeht.¹⁷

Schließlich fehlt für die Rechtsbeschwerde (§ 71) eine Hilfsfrist, wie sie in § 63 III vorgesehen ist. Wegen weiterer Einzelheiten des Rechtsmittelverfahrens wird auf die Darstellung von *Gutjahr* zum Referentenentwurf¹⁸ Bezug genommen.

III. Zusammenfassung der Änderungsvorschläge

Die Änderungsvorschläge beziehen sich also im Wesentlichen auf folgende Punkte:

- Streichung der Pflicht des Familiengerichts zu Auskunftsanordnungen
- Streichung der Härteklausele in § 238 II, III; andere Formulierung § 238 II
- Streichung der Zulässigkeitsvoraussetzung in § 239 I S.2
- Kostenregelung für einstweilige Anordnungen im Fall des Außerkrafttretens
- Streichung von § 140 III (Abtrennung der Unterhaltsfolgesache)
- Überprüfung einzelner Regelungen zum Rechtsmittelrecht

¹⁷ Kritisch dazu Rasch, FPR 2006, 426, 427

¹⁸ FPR 2006, 433